Die Teilnahme an den erfolgsqualifizierten Delikten

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde einer
Hohen Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät
(Rechtswissenschaftliche Abteilung)
der Eberhard-Karls-Universität
zu Tübingen

vorgelegt von
Wolfgang Hänle
aus Laupheim

1970

1969

FOTODRUCK PRÄZIS Barbara v. Spangenberg KG · Tübingen

Die Teilnahme an den erfolgsqualifizierten Delikten

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde einer
Hohen Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät
(Rechtswissenschaftliche Abteilung)
der Eberhard-Karls-Universität
zu Tübingen

vorgelegt von
Wolfgang Hänle
aus Laupheim

1970

FOTODRUCK PRÄZIS Barbara v. Spangenberg KG · Tübingen

UNIV.
LEIDEN
BIBL.

Dekan: Professor Dr. Otto Bachof

1. Berichterstatter: Professor Dr. Horst Schröder

2. Berichterstatter: Privatdozent Dr. Gunther Arzt

Tag der mündlichen Prüfung: 15. Dezember 1969

INHALTSVERZEICHNIS

Seite

Abkürzungen IV

Schrifttum VII

Einleitung 1

Erster Teil: Allgemeines über die erfolgsqualifizierten Delikte

A) Die erfolgsqualifizierten Delikte des StGB 3

I. Kriterium für das Vorliegen eines erfolgsqualifizierten Delikts 3

II. Keine erfolgsqualifizierten Delikte sind:
1. die sogenannten besonders schweren Fälle ohne tatbestandliche Ausformung 4
2. sonstige mehrgliederige Tatbestände mit zwei verschiedenen Schuldformen 9
3. die strafbegründenden Delikte 10

III. Die erfolgsqualifizierten Delikte (Tabelle)
1. des StGB 12
2. der Nebengesetze 14

IV. Gemeinsames und Besonderheiten 15

V. Rechtslage vor Einführung des § 56 (1953) 17

B) Die erfolgsqualifizierten Delikte des E 62 18

I. Erfolgsqualifizierte Delikte mit Fahrlässigkeitserfordernis bezüglich der schweren Folge 18

II. Verwandte Tatbestände mit dem Erfordernis der Leichtfertigkeit bezüglich der schweren Folge 19

III. Gemeinsames 19

Seite

Zweiter Teil: Die Teilnahme am erfolgsqualifizierten Delikt

1. Kapitel: Allgemeines 26

I. Rechtslage vor Einführung des § 56 26

II. Unbestrittene Grundsätze nach heutiger Rechtslage 26

III. Unbestrittenes Endergebnis 27

IV. Die dogmatische Begründung - Meinungswirrwarr 27

V. Die entscheidende Fragestellung: Verhältnis von Grunddelikt zu schwerer Folge 28

VI. Eigener Lösungsweg - Aufbau 29

2. Kapitel: Das Verhältnis von Grunddelikt zu schwerer Folge 30

Abschnitt 1: Übergeordnete Gesichtspunkte 30

I. Der Adäquanzgedanke 30

II. Gemeinsame Schuldform 34
1. dolus eventualis bezüglich der schweren Folge 34
2. die culpa dolo determinata 38
3. Exklusivität von Vorsatz und Fahrlässigkeit 40

Abschnitt 2: Getrennte Betrachtungsweise beider Deliktsteile des erfolgsqualifizierten Delikts 41

A) Vorrang eines Deliktsteils 41

I. Präponderanz des Grunddelikts 41

II. Präponderanz der schweren Folge 46

B) Eigenständige Behandlung von Grund- und Erfolgsdelikt 51

I. Die Notwendigkeit eines solchen Vorgehens 51

II. Vereinbarkeit mit dem erfolgsqualifizierten Delikt als ganzem 52

III. Folgerungen - Lösungsskizze für die Fälle 55

3. Kapitel: Die Lösung der Fälle 58

Abschnitt 1: Täter und Teilnehmer handeln fahrlässig bezüglich der schweren Folge 58

I. Grundfall (Vorsatz bezüglich des Grunddelikts) 58
1. Lösung nach Skizze 58

Seite

2. Vereinbarkeit mit dem geltenden Recht 59
3. Ersatzlösung 59
4. Exkurs: der Täterbegriff beim Fahrlässigkeitsdelikt 59
5. die Ansicht Oehlers 64
6. zur Kritik an 3. und 5.: 66
a) Nagel 67
b) Seebald 69
c) Schröder 71
d) BGH 73
7. Fazit 73

II. Keine Rechtswidrigkeit bezüglich des Grunddelikts 74

III. Mittelbare Täterschaft bezüglich des Grunddelikts (insbesondere Problem der fahrlässigen mittelbaren Täterschaft) 77

IV. Mittäterschaft bezüglich des Grunddelikts (insbesondere Problem der fahrlässigen Mittäterschaft) ... 79

Abschnitt 2: Unterschiedliche Schuldvoraussetzungen auf Täter- und Teilnehmerseite bezüglich der schweren Folge 83

I. Der Teilnehmer handelt unvorsätzlich 83
1. Der Täter handelt schuldlos, der Teilnehmer fahrlässig. 83
2. Der Täter handelt fahrlässig, der Teilnehmer schuldlos. 84
3. Der Täter handelt vorsätzlich, der Teilnehmer fahrlässig 85

II. Der Teilnehmer handelt vorsätzlich 86
1. Der Täter handelt fahrlässig 86
2. Der vorsätzlich handelnde Teilnehmer nimmt irrtümlich Vorsatz beim Täter an 90
3. Exkurs: die vorsätzliche Teilnahme an unvorsätzlicher Tat 94

Zusammenfassung 101

Anhang: Konkurrenzfragen 103

Zusammenfassung hierzu 116

Abkürzungen

a.A.	andere Ansicht
a.a.O.	am angegebenen Ort
Anm.	Anmerkung
AT	Allgemeiner Teil
Aufl.	Auflage
Bd.	Band
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBl.	Bundesgesetzblatt, Teil I
BGH	Bundesgerichtshof, auch amtliche Sammlung der BGH-Rechtsprechung in Strafsachen (Band und Seite)
BGH GS	Bundesgerichtshof, Großer Senat in Strafsachen
BT	Besonderer Teil
bzgl.	bezüglich
bzw.	beziehungsweise
d.h.	das heißt
Diss.	Dissertation
DRiZ	Deutsche Richterzeitung (Jahr und Seite)
E	Entwurf
f.	folgend
ff.	folgende
fahrl.	fahrlässig
FN	Fußnote
G	Gesetz
GA	Archiv für Strafrecht, begründet von Goldtammer (zitiert nach Bänden, seit 1953 nach Jahrgängen)
h.L.	herrschende Lehre
h.M.	herrschende Meinung
HRR	Höchstrichterliche Rechtsprechung (Jahr und Seite)
insb.	insbesonders
i.V.m.	in Verbindung mit

JR	Juristische Rundschau (Jahr und Seite)
JW	Juristische Wochenschrift (Jahr und Seite)
JZ	Juristenzeitung (Jahr und Seite)
Körperverl.	Körperverletzung
Lb.	Lehrbuch
LK	Leipziger Kommentar (siehe Schrifttum)
LM	Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofes, herausgegeben von Lindenmaier und Möhring
L.S.	Leitsatz
MDR	Monatsschrift für deutsches Recht (Jahr und Seite)
MStGB	Militärstrafgesetzbuch
Ndschr.	Niederschriften über die Sitzungen der großen Strafrechtskommission, 2. Band, Allgemeiner Teil, 14. - 25. Sitzung (mit Anhang), Bonn 1958
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (Jahr und Seite)
OLG	Oberlandesgericht
Rdn.	Randnote
RG	Reichsgericht, auch amtliche Sammlung der RG-Rechtsprechung in Strafsachen (Band und Seite)
RMG	Reichsmilitärgericht
Rspr.	Rechtsprechung
S.	Seite, Satz
schw.	schwere
s.o.	siehe oben
sog.	sogenannte
StÄG	Strafrechtsänderungsgesetz
StG	Strafgesetz
StGB	Strafgesetzbuch
str.	streitig
StrRG	Strafrechtsreformgesetz
StS	Strafsenat
StuB	Studienbuch
s.u.	siehe unten
v.	von, vom
vgl.	vergleiche

Vorbem.	Vorbemerkung
VRS	Verkehrsrechtssammlung (Band und Seite)
z.B.	zum Beispiel
Ziff.	Ziffer
zit.	zitiert
z.T.	zum Teil

Paragraphen ohne nachfolgende Angabe eines Gesetzes sind stets solche des Strafgesetzbuches.
Eine römische Ziffer im unmittelbaren Anschluß an einen Paragraphen (z.B. § 239 II) bedeutet den jeweiligen Absatz dieses Paragraphen.

SCHRIFTTUM

BAUMANN, Jürgen	Strafrecht Allgemeiner Teil, ein Lehrbuch, 5. Aufl. Bielefeld 1968
	Kritische Gedanken zur Beseitigung der erfolgsqualifizierten Delikte, ZStW 70 (1958), S. 227 ff.
	Mittelbare Täterschaft oder Anstiftung bei Fehlvorstellungen über den Tatmittler? JZ 1958, S. 230 ff.
BERNER, A. Friedrich	Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 15. Aufl. Leipzig 1888
BICKELHAUPT, Werner	Einwilligung in die Trunkenheitsfahrt, NJW 1967, S. 713 f.
BINDING, Karl	Handbuch des Strafrechts, Bd. I, Leipzig 1885
	Grundriß des deutschen Strafrechts, Allgemeiner Teil, 7. Aufl. Leipzig 1907
	Die Normen und ihre Übertretung, eine Untersuchung über die rechtmässige Handlung und die Arten des Delikts, Bd. IV: Die Fahrlässigkeit, Leipzig 1919
BLUME, Erwin	Erfolgsstrafrecht heute? NJW 1965, S. 1261 f.
BOCKELMANN, Paul	Über das Verhältnis von Täterschaft und Teilnahme, Göttingen 1949
BOLDT, Gottfried	Zur Struktur der Fahrlässigkeitstat, ZStW 68 (1956), S. 335 ff.

CALKER, Fritz van	Strafrecht, Grundriß, 2. Aufl. München u. Berlin 1924
COHN, Ernst	Der schwere Erfolg als gesetzlicher Grund erhöhter Strafbarkeit, Strafrechtliche Abhandlungen Heft 112, Breslau 1909
CRAMER, Peter	Anmerkung zu BGH 19, 339 ff., JZ 1965, S. 31
DOHNA, Alexander Graf zu	Grenzen der Idealkonkurrenz, ZStW 61 (1942), S. 131 ff.
DREHER, Eduard	Anmerkung zum Beschluß des OLG Köln v. 19. 10. 61 (abgedruckt in MDR 1962, S. 591), MDR 1962, S. 592 f.
	Stellungnahme der Strafrechtsabteilung des Bundesjustizministeriums (zu den Referaten von Koffka und Jeschek), Ndschr. S. 252 ff.
	Das dritte Strafrechtsänderungsgesetz, I. Teil: Materielles Recht, JZ 1953, S. 421 ff.
ENGISCH, Karl	Zur "Natur der Sache" im Strafrecht. Ein Diskussionsbeitrag, Festschrift für Eb. Schmidt, Göttingen 1961, S. 90 ff.
	Anmerkung zu BGH 1, 332 ff., JZ 1951, S. 787 f.
	Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände, Beiträge zur Strafrechtswissenschaft, Neue Folge, Band 1, Tübingen 1931
	Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht, Berlin 1930
ENGELMANN, Woldemar	Die Schuldlehre der Postglossatoren und ihre Fortentwicklung, 2. Aufl. Aalen 1965 (Nachdruck der 1. Aufl. Leipzig 1895)

E 62	Entwurf eines Strafgesetzbuches (StGB), E 1962, mit Begründung, Bundesratsvorlage (Bundesratsdrucksache 200/62), Bonn 1962
EXNER, Franz	Fahrlässiges Zusammenwirken, Festgabe für R. v. Frank, Bd. I, Tübingen 1930, S. 569 ff.
FEUERBACH, Anselm Ritter v.	Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen Peinlichen Rechts, 14. Aufl., herausgegeben von Mittermaier, Gießen 1847
FISCHER, Klaus	Zum Problem der durch eine Folge qualifizierten Delikte, Dissertation, Heidelberg 1949
FRANK, Reinhard v.	Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 18. Aufl. Tübingen 1931
FRANZHEIM, Horst	Die Teilnahme an unvorsätzlicher Haupttat, Neue Kölner rechtswissenschaftliche Abhandlungen Heft 17, Berlin 1961
FUCHS, Jürgen	Erfolgsqualifiziertes Delikt und fahrlässig herbeigeführter Todeserfolg, NJW 1966, S. 868 f.
GALLINER, Moritz	Die Bedeutung des Erfolges bei den Schuldformen des geltenden Strafgesetzbuches unter besonderer Berücksichtigung des Vorentwurfs zu einem deutschen Strafgesetzbuch, Strafrechtliche Abhandlungen Heft 116, Breslau 1910
GEERDS, Friedrich	Zur Lehre von der Konkurrenz im Strafrecht, Kieler rechtswissenschaftliche Abhandlungen Nr. 2, Hamburg 1961
GERLAND, Heinrich	Deutsches Reichsstrafrecht, ein Lehrbuch, 2. Aufl. Berlin u. Leipzig 1932

GOSCH, Helga E.	Teilnahme an den durch hinzutretende Fahrlässigkeit qualifizierten Erfolgsdelikten, Dissertation Hamburg 1967
HÄLSCHNER, Hugo	Das gemeine deutsche Strafrecht, Bd. I, Bonn 1881, Bd. II, 1 Bonn 1884
HAHN, C.	Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 3. Aufl. Breslau 1877
HALL, Karl A.	Fahrlässigkeit im Vorsatz, Marburger rechts- u. staatswissenschaftliche Abhandlungen Bd. 1, Marburg 1959
HANACK / SASSE	Zur Anwendung des § 56 auf Teilnehmer, DRiZ 1954, S. 216 f.
HARDWIG, Werner	Betrachtungen zum erfolgsqualifizierten Delikt, GA 1965, S. 97 ff.
HIPPEL, Robert v.	Lehrbuch des Strafrechts, Berlin 1932
HRUSCHKA, Joachim	Konkurrenzfragen bei den sog. erfolgsqualifizierten Delikten, GA 1967, S. 42 ff.
JESCHECK, Hans H.	Referat zum Thema Erfolgsdelikte, Ndschr. S. 246 ff.
KAUFMANN, Arthur	Besprechung von Franzheims "Teilnahme an unvorsätzlicher Haupttat", JZ 1962, S. 782 f.
	Das Schuldprinzip, Heidelberger rechtswissenschaftliche Abhandlungen Neue Folge Heft 9, Heidelberg 1961
KOFFKA, Else	Referat zum Thema Erfolgsdelikte, Ndschr. S. 234 ff. und Anhang S. 136 ff.

KOHLRAUSCH, Eduard	Das kommende Deutsche Strafrecht, ZStW 55 (1935), S. 384 ff.
KOHLRAUSCH - LANGE	Strafgesetzbuch mit Erläuterungen und Nebengesetzen begründet von Eduard Kohlrausch, bearbeitet von Richard Lange, 43. Aufl. Berlin 1961, 39./40. Aufl. Berlin 1950 (sofern nicht anders vermerkt, ist stets die 43. Aufl. zitiert)
LACKNER-MAASSEN	Strafgesetzbuch mit Erläuterungen von Karl Lackner u. Hermann Maassen, 5. Aufl. des von Eduard Dreher mitbegründeten Werks, München u. Berlin 1969
LANG-HINRICHSEN, Dietrich	Zur Krise des Schuldgedankens im Strafrecht, ZStW 73 (1961), S. 210 ff.
LK	Strafgesetzbuch (Leipziger Kommentar), begründet von Ludwig Ebermayer, Adolf Lobe, Werner Rosenberg, fortgeführt von Johannes Nagler, herausgegeben von Heinrich Jagusch, Eduard Mezger gemeinschaftlich mit August Schaefer und Wolfhart Werner, Bd. I, 8. Aufl. Berlin 1957, Bd. II, 8. Aufl. Berlin 1958, Bd. II, 6./7. Aufl. Berlin 1951 (sofern nicht anders vermerkt, ist stets die 8. Aufl. zitiert)
LISZT - SCHMIDT	Lehrbuch des Deutschen Strafrechts von Franz v. Liszt, 26. Aufl. von Eberhard Schmidt, Berlin u. Leipzig 1932
LÖFFLER, Alexander	Die Schuldformen des Strafrechts, Leipzig 1895
LÜDERSSEN, Klaus	Zum Strafgrund der Teilnahme, Baden-Baden 1967

MAURACH, Reinhart	Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil, 3. Aufl. Karlsruhe 1965 (zit.: AT), Besonderer Teil 5. Aufl. Karlsruhe 1969 (zit.: BT), 1. Aufl. Karlsruhe 1953 (sofern nicht anders vermerkt, ist stets die 5. Aufl. zitiert)
MAYER, Hellmuth	Strafrecht, Allgemeiner Teil, Stuttgart 1953 Strafrecht, Allgemeiner Teil, Stuttgart 1967
MEYER - ALLFELD	Lehrbuch des Deutschen Strafrechts von Philipp Allfeld, 8. Aufl. des von Hugo Meyer begründeten Lehrbuchs, Leipzig u. Erlangen 1922
MEZGER, Edmund	Strafrecht, ein Lehrbuch, 3. Aufl. Berlin u. München 1949 (zit.: Lb)
MEZGER - BLEI	Strafrecht, Bd. I: Allgemeiner Teil, ein Studienbuch, von Edmund Mezger, fortgeführt von Hermann Blei, 13. Aufl. München u. Berlin 1968 (zit.: StuB I)
Motive	Motive zu dem Entwurf eines Strafgesetzbuches für den Norddeutschen Bund, Berlin 1869
NAGEL, Klaus R.	Das erfolgsqualifizierte Delikt, Dissertation, Tübingen 1957
NIETHAMMER, Emil	Lehrbuch des Besonderen Teils des Strafrechts, Tübingen 1950
OEHLER, Dietrich	Das erfolgsqualifizierte Delikt als Gefährdungsdelikt, ZStW 69 (1957), S. 503 ff.
	Das erfolgsqualifizierte Delikt und die Teilnahme an ihm, GA 1954, S. 33 ff.

OLSHAUSEN, Justus v.	Kommentar zum Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 10. Aufl., Bd. II, Berlin 1916
OPPENHOFF, F.C.	Das Strafgesetzbuch für die preussischen Staaten, 3. Aufl. Berlin 1861
	Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 10. Aufl. herausgegeben von Th. F. Oppenhoff, Berlin 1885
RADBRUCH, Gustav	Erfolgshaftung, Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts, Allgemeiner Teil, Bd. II, Berlin 1908, S. 227 ff.
ROEDER, Hermann	Exklusiver Täterbegriff und Mitwirkung am Sonderdelikt, ZStW 69 (1957), S. 223 ff.
ROXIN, Claus	Täterschaft und Tatherrschaft, Hamburger Rechtsstudien Heft 50, 2. Aufl. Hamburg 1967
RUBO, Ernst T.	Kommentar über das Strafgesetzbuch für das deutsche Reich, Berlin 1879
RÜDORFF, Hans	Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 3. Aufl. herausgegeben von M. Stenglein, Berlin u. Leipzig 1881
SALM, Karl	Das vollendete Verbrechen, Erster Teil: Über Fahrlässigkeit und Kausalität, Erster Halbband: Der Tatbestand des fahrlässigen Erfolgsdelikts, Berlin 1963
SAUER, Wilhelm	System des Strafrechts, Besonderer Teil, Köln u. Berlin 1954
SCHMIDT, Eberhard	Die mittelbare Täterschaft, Festgabe für R. v. Frank, Bd. II Tübingen 1930, S. 106 ff.

SCHNEIDER, Egon	Die durch eine verschuldete Folge qualifizierten Delikte, Dissertation, Köln 1954
	§ 56 und die Strafrechtsreform, JR 1955, S. 414 f.
	Zur Anwendung des § 56, JZ 1956, S. 750 ff.
SCHÖNKE, Adolf	Strafgesetzbuch, Kommentar, 6. Aufl. München u. Berlin 1952
SCHÖNKE-SCHRÖDER	Strafgesetzbuch, Kommentar, begründet von Adolf Schönke, fortgeführt von Horst Schröder, 14. Aufl. München und Berlin 1969
SCHROEDER, Friedrich-Chr.	Der Täter hinter dem Täter, ein Beitrag zur Lehre von der mittelbaren Täterschaft, Schriften zum Strafrecht Band 2, Berlin 1965
SCHRÖDER, Horst	Anmerkung zu BGH 3. StS Urteil v. 13. 1. 65 (JR 1965, S. 306 f.) und BGH 5. StS Urteil v. 19. 1. 65 (JR 1965, S. 307) in JR 1965, S. 308
	Eigenhändige und Sonderdelikte bei Fahrlässigkeitstatbeständen, Festschrift für H. v. Weber, Bonn 1963, S. 232 ff.
	Konkurrenzprobleme bei den erfolgsqualifizierten Delikten, NJW 1956, S. 1737 ff.
	Gesetzliche und richterliche Strafzumessung, Festschrift für E. Mezger, München u. Berlin 1954, S. 415 ff.
SCHÜTZE, Reinhold	Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 2. Aufl. Leipzig 1874
SCHWARZ - DREHER	Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen und Verordnungen, begründet von Otto Schwarz, fortgeführt von Eduard Dreher, 30. Aufl. München u. Berlin 1968

SCHWARZE, Fr. Oskar v.	Commentar zum Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 5. Aufl. Leipzig 1884
SCHWEIKERT, Heinrich	Strafrechtliche Haftung für riskantes Verhalten, ZStW 70 (1958), S. 394 ff.
SEEBALD, Rudolf	Täterschaft und Teilnahme bei erfolgsqualifizierten und bei fahrlässigen Delikten, Dissertation, Saarbrücken, 1963
	Teilnahme am erfolgsqualifizierten Delikt, GA 1964, S. 161 ff.
STREE, Walter	Zur Auslegung der §§ 224, 226 StGB (zugleich ein Beitrag zum Versuch erfolgsqualifizierter Delikte), GA 1960, S. 289 ff.
TRAUB, Fritz	Zur Bedeutung des Wortes "wenigstens" in § 56 StGB, NJW 1957, S. 370 f.
ULSENHEIMER, Klaus	Zur Problematik des Versuchs erfolgsqualifizierter Delikte, GA 1966, S. 257 ff.
WACHENFELD, Friedrich	Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, München 1914
WELZEL, Hans	Das Deutsche Strafrecht, eine systematische Darstellung, 11. Aufl. Berlin 1969, 10. Aufl. Berlin 1967, 5. Aufl. Berlin 1956, 2. Aufl. Berlin 1949 (sofern nicht anders vermerkt, ist stets die 11. Aufl. zitiert)
	Das Verhältnis der Tötungsdelikte zu den Körperverletzungsdelikten, Festschrift für H. v. Weber, Bonn 1963, S. 242 ff.

WELZEL, Hans

Teilnahme an unvorsätzlichen Handlungen?
JZ 1954, S. 429 f.

Anmerkung zu BGH 5, 47 ff.,
JZ 1954, S. 128 ff.

Anmerkung zu BGH 4, 355 ff.,
JZ 1953, S. 763 f.

Studien zum System des Strafrechts,
ZStW 58 (1939), S. 491 ff.

WIDMANN, Hans J.

Der Versuch eines erfolgsqualifizierten Deliktes,
Dissertation, Hamburg 1965

Zur Bestrafung wegen vorsätzlicher oder fahrlässiger Tötung bei gleichzeitigem Vorliegen eines sog. erfolgsqualifizierten Deliktes,
MDR 1966, S. 554 ff.

ZIEGE, Hans J.

Die Bedeutung des § 56 für Anstiftung und Beihilfe,
NJW 1954, S. 179 f.

ZIMMERL, Leopold

Vom Sinn der Teilnahmevorschriften,
ZStW 52 (1932), S. 166 ff.

EINLEITUNG

Kennzeichnend für die erfolgsqualifizierten Delikte ist das Nebeneinander verschiedener Schuldformen (Vorsatz und Fahrlässigkeit) in einem Tatbestand. Dadurch entstehen eine Reihe schwieriger Fragen, deren Beantwortung der Gesetzgeber offen ließ: wie verhält es sich hier mit dem Versuch, der Teilnahme und den Konkurrenzen (einschließlich des Fortsetzungszusammenhangs)?

Die vorliegende Arbeit beschäftigt sich mit dem Problem der Teilnahme, also vor allem mit Anstiftung und Beihilfe zum erfolgsqualifizierten Delikt. Die Zusammenfassung zweier verschiedener Tatbestände mit verschiedenen subjektiven Unrechtsvoraussetzungen ergibt Reibungsflächen mit den herkömmlichen Teilnahmegrundsätzen der §§ 47 ff. Vor allem: wie sieht die Haftung im Rahmen des Erfolgsdeliktsteils aus? Ist sie überhaupt möglich und falls ja, paßt sie in das bisherige System des StGB und wie läßt sie sich dogmatisch rechtfertigen? Auch wird zu prüfen sein, inwieweit sich aus dem Wesen der erfolgsqualifizierten Delikte Antworten zur Lösung der Teilnahmefragen ergeben. Doch wäre es unergiebig, Ausführungen über Wesen und Geschichte der erfolgsqualifizierten Delikte zu bringen, ohne daraus greifbare Schlüsse für die Teilnahmeproblematik ziehen zu können. Deshalb wird in der vorliegenden Arbeit darauf verzichtet, vor die Abhandlung der Teilnahmefragen mehr oder weniger zusammenhanglos einen Abschnitt über Wesen und Geschichte der erfolgsqualifizierten Delikte zu setzen. Vielmehr werden darüber Erörterungen erst bei den Teilnahmefragen angebracht sein, deren Lösung davon beeinflußt werden könnte.

Die Schwierigkeit der Arbeit liegt nicht nur im Thema selbst begründet, sondern auch in der Spezialliteratur, die dazu schon entstanden ist. Zwar wenig an Zahl, doch z.T. sehr eingehend, insbesondere die Dissertationen von Seebald (1963) und Gosch (1967). Die Aufgabe dieser Arbeit kann daher nicht darin bestehen, einen neuen, großen Wurf zu finden, eine bestechende

Lösung anzubieten - das Feld der erfolgsqualifizierten Delikte ist weithin schon eine tabula rasa[1] - sondern wird sich zwangsläufig im wesentlichen in der Auseinandersetzung mit den Antworten, die bisher gegeben wurden, erschöpfen.

1) Über die erfolgsqualifizierten Delikte allgemein vgl. insbs. die Diss. von Fischer (1949), Schneider (1954), Nagel (1957) und Widmann (1964) (letzterer mit Schwerpunkt auf Versuchsproblemen und geschichtlicher Herkunft)

Erster Teil

ALLGEMEINES ÜBER DIE ERFOLGSQUALIFIZIERTEN DELIKTE

A) DIE ERFOLGSQUALIFIZIERTEN DELIKTE DES StGB

Zu Beginn empfiehlt es sich wohl, einen kurzen Abriß über die erfolgsqualifizierten Delikte, so wie sie sich im StGB darstellen, zu geben. Dies geschieht teils in dem Bestreben, sie gegenüber anderen, ähnlich aufgebauten Tatbeständen abzugrenzen und teils auch, um der Gefahr vorzubeugen, den § 226 als einziges erfolgsqualifiziertes Delikt anzusehen und die ganze Teilnahmeproblematik nur an ihm abzuhandeln[1].

I. Kriterium für das Vorliegen eines erfolgsqualifizierten Delikts

Entscheidend ist das Moment der Straferhöhung (= Qualifikation), das ein vorsätzlich (seltener auch fahrlässig) begangenes Grunddelikt erfährt, wenn durch seine Begehung ein bestimmter schwerer Erfolg verursacht wird[2]. So heißt es beispielsweise in § 251:

---

1) wie es vielfach geschieht; vgl. etwa Gosch im 2. und 3. Teil ihrer Diss. (S. 26 ff., 75 ff.); Oehler GA 54, 37 ff.; Koffka Ndschr. S. 239; Schneider JZ 56, 750 f.; Ziege NJW 54, 179 f.; auch der Großteil der Kommentarliteratur und der Lehrbücher gehen praktisch nur auf § 226 ein. Das ist insofern bedenklich, als wegen des besonderen Verhältnisses zu §§ 211 f. (Vorstellungstheorie) sich manche Probleme einfacher lösen lassen als bei den übrigen erfolgsqualifizierten Delikten und die so entwickelten Lösungen auf letztere zum Teil nicht passen

2) vgl. Schönke-Schröder § 56 Rdn. 2

"Mit Zuchthaus nicht unter 10 Jahren wird der Räuber bestraft, wenn bei dem Raube ... (Grunddelikt, § 249)
eine schwere Körperverletzung oder der Tod ...
verursacht worden ist." (Erfolgsdelikte, §§ 224 bzw. 211 f./222)

Wie dieses Verursachen zu verstehen ist, besagt § 56: die Folge muß vom Täter wenigstens fahrlässig herbeigeführt worden sein.

II. Keine erfolgsqualifizierten Delikte sind daher:

1. Die sog. besonders schweren Fälle

a) Das StGB kennt eine Reihe von Fällen, in denen Straferhöhung eintritt, wenn ein "besonders schwerer Fall" des Grunddelikts vorliegt. So heißt es etwa beim Betrug (§ 263 IV):

"In besonders schweren Fällen tritt an die Stelle der Gefängnisstrafe Zuchthaus bis zu 10 Jahren."

b) Die Unterschiede zu den erfolgsqualifizierten Delikten des geltenden Rechts sind klar abgesteckt:

aa) Beim erfolgsqualifizierten Delikt stellt sich die schwere Folge als genau umschriebener ("Sonder"-)Tatbestand dar, während es bei den besonders schweren Fällen der richterlichen Beurteilung überlassen bleibt, ob ein solcher vorliegt. Zugleich wird aber auch deutlich, daß im Grunde genommen eine gewisse Verwandtschaft zwischen den besonders schweren Fällen und dem schweren Erfolg des erfolgsqualifizierten Delikts besteht; denn man könnte den schweren Erfolg auch als vom Gesetz speziell umschriebenen besonders schweren Fall des Grunddelikts betrachten. Sowohl der schwere Erfolg als auch der besonders schwere Fall scheinen den ordentlichen Strafrahmen des Grunddelikts derart zu übertreffen, daß dieser zur Sühne nicht mehr ausreicht.

bb) Jedoch ist das erfolgsqualifizierte Delikt mehr als eine bloße Strafzumessungsregel. Infolge der tatbestandlichen Ausformung enthält es im Gegensatz zum besonders schweren Fall eine nähere Unrechtscharakterisierung. Wenn also z.B. der Täter nach einem Verkehrsunfall besonders rücksichtslos und gefährlich flieht und dadurch den Tod eines Menschen

verursacht, so ist dieser besonders schwere Fall der Fahrerflucht (§ 142 III) noch kein erfolgsqualifiziertes Delikt. Entfällt andererseits der Tatbestand eines erfolgsqualifizierten Delikts mangels Fahrlässigkeit, so darf der schwere Erfolg beim Grunddelikt nicht strafschärfend wirken. Das widerspräche dem in § 56 zum Ausdruck gekommenen Schuldprinzip[1].

cc) Ferner ergeben sich Unterschiede im Bereich der Schuld. Beim erfolgsqualifizierten Delikt muß die schwere Folge mindestens fahrlässig verschuldet sein (§ 56), während die Voraussetzungen eines besonders schweren Falles nicht von der Schuld des Täters umfaßt sein müssen (so jedenfalls die Rechtsprechung[2]). Denn gemäß § 59 erstreckt sich die Schuldbezogenheit nur auf Tatbestandsmerkmale. Als reine Strafzumessungsregeln fallen die besonders schweren Fälle nicht darunter:

> "Wer schuldhaft eine gefahrenschwangere Lage geschaffen hat, ... gewissermaßen das Tor geöffnet hat, durch das ... Unheil eindringen konnte, den darf man, wenn das Unheil eingedrungen ist, im Bereich der Strafzumessung ohne Verletzung des Schuldgrundsatzes dafür verantwortlich machen[3]."

Letzteres ist sehr umstritten. So wird die Ansicht vertreten, gerade der Schuldgrundsatz verlange auch im Bereich der Strafzumessung die Anwendung des § 59[4] oder zumindest sei § 56 entsprechend heranzuziehen[5], z.T. wird auch Adäquanz zwischen riskantem Verhalten und Erfolg gefordert[6]. Auf diesen Meinungsstreit soll nicht näher eingegangen werden. Jedenfalls sind nach der Systematik des StGB die erfolgsqualifizierten Delikte von den besonders schweren Fällen deutlich getrennt.

c) Aber keine Regel ohne Ausnahme; so auch hier:
Eine prima facie unklare Stellung nehmen im StGB § 311 III und in den Nebengesetzen die §§ 40 III, 41 III AtomG, 95 II BörsenG und 81a II GmbHG ein. Hier ist die schwere Folge (Tod bzw. Schädigung des Volkswohls) als

---

1) str; a.A. Sauer S. 284/5; die Stellung des BGH siehe anschließend.
2) RG JW 38, 504; BGH GS 10, 259 ff.; 11, 263 ff.
3) BGH 10, 264; zustimmend Salm S. 42 ff.
4) z.B. Schönke-Schröder § 59 Rdn. 4 f.; ähnlich Baumann § 42 I 4b (S. 684)
5) Maurach AT § 62 C 2a (S. 707)
6) Schweikert ZStW 70, 399; Seebald Diss. S. 6

Regelbeispiel des besonders schweren Falles aufgeführt:

Vgl. § 311 III: "Ein besonders schwerer Fall liegt in der Regel dann vor, wenn der Täter durch die Tat leichtfertig den Tod eines Menschen verursacht hat."

Ist das Regelbeispiel damit als erfolgsqualifiziertes Delikt anzusprechen? Man könnte versucht sein, auch hier auf eine feste, die richterliche Wertung ausschließende Bindungswirkung des Tatbestandes abzustellen. Das wäre auf die Teilnahme nicht ohne Einfluß. Hat der Beispielsfall selbständigen Tatbestandscharakter, so muß die mit ihm verknüpfte Strafdrohung aus Gründen der Akzessorietät auch beim Teilnehmer Anwendung finden[1]. Wie hat dies das StGB bisher geregelt? Von § 311 III abgesehen enthält es nur an wenigen Stellen einzelne besonders schwere Fälle beispielhaft aufgezählt (§§ 129 IV, 241a IV, 292 II, 293 II)[2], die allerdings nicht die Herbeiführung einer schweren Folge beschreiben. Nach überwiegender Auffassung kann trotz Vorliegen des Beispielsfalles die Strafe auch dem niedereren Strafrahmen des Grunddelikts entnommen werden, sofern Gründe vorliegen, welche die Anwendung des höheren Strafrahmens als nicht zuträglich erscheinen lassen. Eine starre Bindungswirkung des Beispielsfalles ist somit nicht vorhanden, lediglich eine "Richtlinienwirkung"[3]. Gleiches muß auch für die Regelbeispiele, die eine schwere Folge beinhalten, gelten. Somit würde man zu dem Ergebnis gelangen, § 311 III und die übrigen genannten Vorschriften seien keine erfolgsqualifizierten Delikte.

d) Muß aber die jeden richterlichen Spielraum ausschließende tatbestandsmäßige Bindung ein notwendiges Kriterium für die Einordnung eines Delikts als erfolgsqualifiziertes darstellen? Im Gesetz findet sich dafür keine Stütze. Allein die Tatsache, daß die übrigen erfolgsqualifizierten Delikte als selbständige Tatbestände ausgebildet sind, spricht nicht dafür. Die Form der besonders schweren Fälle gibt es erst seit etwa 40 Jahren im StGB. Die Einkleidung der erfolgsqualifizierten Delikte in feste Tatbestände, die schon das preussische StGB von 1851 aufweist, kann daher nicht im

---

1) vgl. Schröder Mezger-Festschrift S. 425
2) Seit dem 8. StÄG v. 25. 6. 68 sind auch die §§ 94 II S. 2, 99 II S. 2, 100 II S. 2, 100a IV S. 2 in diese Reihe zu zählen
3) Schröder aaO S. 420

Hinblick auf eine Absonderung von den besonders schweren Fällen erfolgt sein. Ferner ist der Wortlaut des § 56 ("knüpft das Gesetz an eine besondere Folge der Tat eine höhere Strafe ..") nicht eindeutig auf eine selbständige tatbestandliche Ausformung der besonderen Folge hin zugeschnitten. Auch in § 311 III ist der Erfolgseintritt Voraussetzung für das Eingreifen des höheren Strafrahmens. Außerdem sind im E 62 die meisten erfolgsqualifizierten Delikte als Regelbeispiele besonders schwerer Fälle ausgestaltet (vgl. unten S. 19 f.), obwohl § 22 E 62 mit § 56 fast identisch ist. Hielte man hier die Ausschließung jedes richterlichen Spielraums für entscheidend, so liefe das auf die Abschaffung der erfolgsqualifizierten Delikte im E 62 hinaus, was zumindest nicht im Sinne des Entwurfes liegt[1]. Zwar ist die schwere Folge in § 311 III, den genannten Vorschriften der Nebengesetze und im E 62 ein Unterfall des besonders schweren Falles (womit nur die an sich bestehende Verwandtschaft zwischen dem erfolgsqualifizierten Delikt und dem besonders schweren Fall - s.o. S. 4 - hervorgehoben wird), so besitzt sie doch genügend eigene Konturen, um sich von den sonstigen "unbenannten" besonders schweren Fälle abzuheben:

aa) Ein Mindestmaß an tatbestandlicher Ausformung, was insbesondere eine eigenständige Beurteilung bei Konkurrenzfragen erlaubt[2].

bb) Die Bindungswirkung ist erheblich höher als in den sonstigen besonders schweren Fällen. Die Anforderungen an die Begründung, warum er einen besonders schweren Fall annimmt, sind für den Richter andere. Ist das Regelbeispiel gegeben, so genügt das für die Annahme des besonders schweren Falles vollauf. "Er hat lediglich zu klären, ob die allgemeine gesetzliche Bewertung des Regelbeispiels durch Umstände erschüttert wird, die den Einzelfall ... milder erscheinen lassen als den Durchschnittsfall des Regelbeispiels"[3]. Im Gegensatz zu den übrigen besonders schweren Fällen ist hier also nur die Nichtannahme eines besonders schweren Falles näher zu begründen. In etwa vergleichbar ist diese Strafzumessungstechnik mit der Regelung bei einigen erfolgsqualifizierten Delikten des StGB, deren

---

1) vgl. die Begründung zu § 22 E 62, S. 136
2) vgl. Schwarz-Dreher § 311 Anm. 8
3) E 62, Begründung zu § 62, S. 185

starrer Strafrahmen über die Annahme mildernder Umstände durchbrochen werden kann (§§ 118 II, 228, 239 II S. 2, III S. 2, 340 II S. 2).

cc) Die spezifischen Besonderheiten der erfolgsqualifizierten Delikte sind ebenfalls vorhanden: das Erfordernis der schweren Folge, der sich daraus ergebende - im Vergleich zum Grunddelikt verschärfte - Strafrahmen, das Nebeneinander von vorsätzlichem und fahrlässigem Tatbestandsteil und der dem erfolgsqualifizierten Delikt immanente Gefährdungsgedanke (s. u. S. 52 f.).

dd) Ferner ist zu beachten, daß das Kriterium der richterlichen Bindung in erster Linie für die Frage der Deliktscharakterisierung im Sinne von § 1 eine Rolle spielt und hier also nur einen bedingten Gebrauchswert hat. Aus diesen Gründen wird man § 311 III, den erwähnten Vorschriften der Nebengesetze, sowie den durch § 22 E 62 erfaßten Bestimmungen die Eigenschaft als erfolgsqualifizierte Delikte nicht absprechen können.

e) Im Vergleich zu den übrigen erfolgsqualifizierten Delikten fordert § 311 III für die Erfolgsherbeiführung ein höheres Maß an Fahrlässigkeit, nämlich Leichtfertigkeit (= besonders grobe Fahrlässigkeit, vgl. § 18 III E 62). § 311 ist eine Vorwegnahme der Strafrechtsreform im Bereich der Sprengstoffdelikte[1], die fast wörtliche Übernahme des § 323 I, II i.V. m. § 338 I Ziff. 1 E 62. In der Systematik des E 62 wird die leichtfertige Todesverursachung nicht mehr zu den erfolgsqualifizierten Delikten gerechnet. Für letztere ist Fahrlässigkeit erforderlich, aber auch genügend. Im geltenden Recht bestimmt § 56 jedoch lediglich die Untergrenze des Verschuldens ("wenigstens fahrlässig")[2]. Die grob fahrlässige Erfolgsverursachung fällt daher ebenfalls unter § 56.

Bei den erfolgsqualifizierten Delikten der genannten Nebengesetze gilt § 56 selbstverständlich auch, da die Durchführung des Schuldprinzips als Fundament unserer Strafrechtsordnung eine unvollständige bliebe, wäre sie nur auf das StGB beschränkt.

---

1) neugefaßt durch das 7. StÄG v. 1. 6. 64, vgl. Bundestagsdrucksache IV/1817; IV/2186

2) so schon Bundestagsdrucksache I/3713, S. 33; offenbar a.A. nur Schneider JZ 56, 752 FN 34 (Fahrlässigkeit sei auch Obergrenze).

f) Natürlich ergibt sich nun ein Mißklang, wenn man bei den "unbenannten" besonders schweren Fällen des § 311 II mit der Rspr. auf eine Schuld des Täters verzichtet, wohingegen das Regelbeispiel des § 311 III grobe Fahrlässigkeit verlangt. Das spricht aber weniger gegen die Einstufung des § 311 III als erfolgsqualifiziertes Delikt als vielmehr gegen die Auffassung der Rechtsprechung. Zwischen dem Regelbeispiel und den sonstigen, nach Meinung des Richters vorliegenden schweren Fällen soll nach Ansicht des Gesetzes eine Wertgleichheit bestehen[1]. Das Beispiel ist Beurteilungsmaßstab dafür, unter welchen allgemeinen Voraussetzungen nach den Vorstellungen des Gesetzgebers ein besonders schwerer Fall anzunehmen sei. Daher erscheint es zwingend, auch in den "unbenannten" besonders schweren Fällen des § 311 II zumindest Leichtfertigkeit zu verlangen. In diesem Sinne äußert sich auch E 62[2], der den Strafrahmen des besonders schweren Falles nur eingreifen läßt, wenn Unrecht und Schuld im Vergleich zum Grundfall wesentlich erhöht sind (im übrigen sei § 15 E 62 - grundsätzlich nur vorsätzliches Handeln strafbar - entsprechend anzuwenden). Dies entspräche dann einer konsequenten Durchführung des Schuldprinzips[3].

2. Mehrgliedrige Tatbestände mit zwei verschiedenen Schuldformen

Die §§ 311 IV, 315 IV und ähnliche enthalten eine den erfolgsqualifizierten Delikten in gewisser Hinsicht vergleichbare Kombination von vorsätzlichem und fahrlässigem Deliktsteil in einem Tatbestand. Im Unterschied zu den erfolgsqualifizierten Delikten wird hier als "Erfolg" keine Verletzungshandlung gefordert. Bloße Gefährdung genügt (konkrete Gefährdungsdelikte). Weiter fehlt es hier am selbständig strafbaren Grunddelikt; denn die Herbeiführung einer Explosion oder der Eingriff in den Straßenverkehr sind an sich in der Regel nicht strafbar.

Da bei dieser Deliktsgruppe das Nebeneinander von Vorsatz und Fahrlässigkeit zu ähnlichen Fragen wie bei den erfolgsqualifizierten Delikten führen

---

1) vgl. dazu Schröder JR 65, 308
2) Begründung zu § 62 S. 184 f.
3) so insbesondere Schönke-Schröder § 59 Rdn. 5 f.; Jagusch LK Anm. III 6b vor § 13; Kohlrausch-Lange Anm. III 4d vor § 13

kann, sollen hier nach Meinung der Literatur die Teilnahmeprobleme analog § 56 behandelt werden[1].

3. Die strafbegründenden Delikte

Der schwere Erfolg wirkt hier nicht qualifizierend, vielmehr löst er bei an sich strafrechtlich indifferenten Handlungen (z.B. Vernachlässigung Jugendlicher, Trunkenheit) die Strafbarkeit erst aus. Der Erfolg ist also objektive Bedingung der Strafbarkeit. Er wird vom Vorsatz nicht umfaßt (h. M., § 56 ist auch nicht analog anwendbar). Dazu zählen die §§ 143, 210, 227[2], 330a.

Auch § 326 (fahrlässige Überschwemmung mit Todesfolge) ist in diese Kategorie einzuordnen. Es fehlt hier am selbständig strafbaren Grunddelikt einer fahrlässigen Überschwemmung (durch den Verweis auf die §§ 321, 324 wird ein solches nicht geschaffen); mithin ist die Folge erst strafbegründend[3] (anders liegt es im Falle des § 314: hier ist die fahrlässige Überschwemmung als solche strafbar, der Tod tritt als Qualifikation hinzu; ähnlich verhält es sich bei § 309). § 326 ist daher kein erfolgsqualifiziertes Delikt[4].

---

1) Cramer JZ 65, 32; Schönke-Schröder § 311 Rdn. 16, § 315 Rdn. 23a; Schwarz-Dreher § 311 Anm. 6, § 315 Anm. 8c

2) Auch in § 227 II wirkt der Erfolg erst strafbegründend, vgl. Schönke-Schröder § 227 Rdn. 17, Welzel § 40 II 2 (S. 297) mit weiteren Nachweisen; unrichtig daher Dreher JZ 53, 425 FN 29, Fischer Diss. S. 18, H. Mayer (1953) § 41 II 2, Mezger LK § 56 Anm. 2a, die § 227 II als erfolgsqualifiziertes Delikt ansehen. Zur Struktur und Geschichte des § 227 vgl. Koffka Ndschr. Anhang S. 137 ff.

3) Auch die Vorläufer des § 326, die §§ 301 III und 304 III des preussischen StGB v. 14. 4. 1851, sind keine erfolgsqualifizierten Delikte. So heißt es in § 301 III (und gleichlautend in § 304 III): "Liegt einer solchen Handlung (d.h. einer Überschwemmung) Fahrlässigkeit zum Grunde und ist dadurch ein Schaden entstanden, so ist auf Gefängnis bis zu sechs Monaten, und wenn in Folge derselben ein Mensch das Leben verloren hat, auf Gefängnis von zwei Monaten bis zu zwei Jahren zu erkennen". Bedingung der Strafbarkeit ist hier also entweder die Entstehung eines Schadens oder der Tod eines Menschen, vgl. auch Oppenhoff, preussisches StGB 3.Aufl. 1861, Anm. 8 zu § 301.

4) so Koffka Ndschr. Anhang S. 136 f., Lackner-Maassen Anm. zu § 326, Maurach AT § 35 V Ab (S. 353), Schwarz-Dreher § 326 Anm. 2 (im Gegensatz zu § 56 Anm. 2), Welzel § 67 VII (S. 468); a. A. die Begründung zum Entwurf des 3. StÄG Bundestagsdrucksache I/3713 S. 33 und wohl im Anschluß daran die übrige Kommentarliteratur, sowie Seebald Diss. S. 4, Widmann Diss. S. 1, Fischer Diss. S. 19.

Die Literatur steht den erfolgsbegründenden Delikten oft skeptisch gegenüber. Bemängelt wird vor allem, daß eine ähnliche Regelung, wie sie § 56 für die erfolgsqualifizierten Delikte vorsehe, nicht existiere, worin ein Verstoß gegen das Schuldprinzip liege[1]. Teilweise werden diese Delikte als eine besondere Art von objektiven Gefährdungstatbeständen angesehen und zwischen riskantem Vorverhalten und weiterem Erfolg adäquater Zusammenhang gefordert[2]. Das würde aber der Einführung eines zweiten (objektiv orientierten) Fahrlässigkeitsbegriffes, zumindest aber der der Adäquanztheorie für einen Teilbereich des StGB gleichkommen[3]. Auch die Frage, ob die erfolgsbegründenden Delikte im Widerspruch zum Schuldprinzip stehen oder ob dieses hier nicht seine Grenze findet, kann dahingestellt bleiben. Jedenfalls ist de lege lata die Abschaffung der objektiven Strafbarkeitsbedingungen nicht möglich und ein "unleugbares sachliches Bedürfnis" ließe dies auch nicht ratsam erscheinen, was selbst ein so entschiedener Verfechter des Schuldprinzips wie Arthur Kaufmann nicht bestreitet[4].

---

1) vgl. Baumann § 10 1b (S. 97) ("Unehrlichkeit des Gesetzgebers") und ZStW 70, 243 f., Maurach AT § 35 V Ab (S. 353), Welzel § 13 I 3b (S. 72) ("innerlich unberechtigte Unterscheidung"), ferner: Arndt in der 3. Lesung des StÄG, Stenographische Berichte des Bundestags I/Bd. 16 S. 13265 ("Überspitzungen des Schuldprinzips"), Kaufmann Schuldprinzip S. 247/8, Oehler GA 54, 33 ff.; a. A. Dreher JZ 53, 426 und Ndschr. S. 253/4.

2) Seebald Diss. S. 6 im Anschluß an Schweikert ZStW 70, 399

3) vgl. Dreher Ndschr. S. 253

4) Schuldprinzip S. 251

III. Die erfolgsqualifizierten Delikte des geltenden Rechts

1. des StGB:

			des e. D.[1]	Strafrahmen des Grunddelikts
1)	§ 118	Forstwiderstand + leichte Körperverletzung	1 - 10 J.Z.	14 T. - 3 J.G.
2)	§ 178	Unzucht, Notzucht + Tod	10 - 15 J.Z./ll	§ 176: 1 - 10 J.Z. § 177: 1 - 15 J.Z.
3)	§ 221 III	Aussetzung + schw. Körperverl.	1 - 10 J.Z.	3 M. - 5 J.G.
		+ Tod	3 - 15 J.Z.	
4)	§ 224	schwere Körperverletzung	1 - 5 J.Z.	- 3 J.G.
		oder	1 - 5 J.G.	
5)	§ 226	Körperverletzung + Tod	3 - 15 J.Z.	- 3 J.G.
		oder	3 - 5 J.G.	
6)	§ 229 II	Giftbeibringung		1 - 10 J.Z.
		+ schwere Körperverletzung	5 - 15 J.Z.	
		+ Tod	10 - 15 J.Z./ll	
7)	§ 239 II	Freiheitsberaubung über 1 Woche bzw. schw. Körperverl.[2]	1 - 10 J.Z.	- 5 J.G.
	III	Freiheitsberaubung + Tod	3 - 15 J.Z.	

1) Abkürzungen: e. D. = erfolgsqualifiziertes Delikt; E = Einschließung; G = Gefängnis; J = Jahre; ll = lebenslänglich; M = Monat; T = Tage; Z = Zuchthaus

2) Streitig ist, ob es sich bei der über eine Woche dauernden Freiheitsentziehung des § 239 II um eine reine Qualifikation oder ein vollwertiges Tatbestandsmerkmal handelt, das vom Vorsatz umfaßt sein muß. Für eine Qualifikation sprechen sich aus: Kohlrausch-Lange § 239 Anm. IV, Schönke-Schröder § 239 Rdn. 13, Welzel § 43 II 6 (S. 329), RG 61, 180, BGH 10, 306 (S. 308: "Der Wortlaut läßt nicht erkennen, daß der Gesetzgeber zwischen den in Abs. 2 und 3 des § 239 StGB ange-

			Strafrahmen des e. D.	Strafrahmen des Grunddelikts
8)	§ 251	Raub + schw. Körperverletzung oder Tod	10 - 15 J. Z./11	1 - 15 J. Z.
9)	§ 307 Ziff. 1	Brandstiftung + Tod	10 - 15 J. Z./11	1 - 15 J. Z.
10)	§ 309	fahrl. Brandstiftung + Tod	1 M. - 5 J. G.	- 5 J. G.
11)	§ 311 III	Explosion + Tod	5 - 15 J. Z.	1 - 15 J. Z.
12)	§ 312	Überschwemmung + Tod	10 - 15 J. Z./11	3 - 15 J. Z.
13)	§ 314	fahrl. Überschwemmung + Tod	1 M. - 5 J. G.	- 1 J. G.
14)	§ 321 II	Beschädigung von Wasserbauten + schwere Körperverletzung + Tod	1 - 5 J. Z. 5 - 15 J. Z.	3 M. - 5 J. G.
15)	§ 324 II	Brunnenvergiftung + Tod	10 - 15 J. Z./11	1 - 10 J. Z.
16)	§ 327 II	Verletzung von Seuchenverordnungen + Ansteckung	3 M. - 3 J. G.	- 2 J. G.
17)	§ 328 II	Verletzung von Viehseuchenverordnungen + Ansteckung	1 M. - 2 J. G.	- 1 J. G.
18)	§ 340 II	schwere Körperverletzung im Amt	2 - 15 J. Z.	3 M. - 5 J. G.

führten besonderen Merkmalen einen Unterschied machen und sie einmal als Tatbestandsmerkmal, das andere Mal als schwere Folge behandeln wollte ... Der Entstehungsgeschichte ist nichts zu entnehmen, was die Gegenmeinung rechtfertigen könnte.") Als Tatbestandsmerkmal sehen es an: Maurach BT § 15 II E (S. 123), Frank § 239 Anm. V, offenbar auch Schaefer LK § 239 Anm. VII.

2. der Nebengesetze:

1)	§ 5	AnsteckungsstoffG v. 25. 2. 76 Zuwiderhandlung mit Folge des Seuchenbefalls von Vieh	- 1 J. G.
2)	§ 4 G betr.	Zuwiderhandlungen gegen das RinderpestG v. 21. 5. 78 Zuwiderhandlung mit Folge des Seuchenbefalls von Vieh	je nach Grunddelikt verschiedene Strafrahmen
3)	§ 40 III	AtomG Herbeiführung einer Kernexplosion + Tod	10 - 15 J. Z./ll
4)	§ 41 III	AtomG Mißbrauch ionisierender Strahlen + Tod	10 - 15 J. Z./ll
5)	§ 95 II	BörsenG Untreue des Kommissionärs + Schädigung des Volkswohls	1 - 10 J. Z.
6)	§ 81 a II	GmBHG Untreue eines GmbH-Mitglieds + Schädigung des Volkswohls	1 - 10 J. Z.
7)	§ 1 II	SklavenraubG v. 28. 7. 95 Raubzug mit Todesfolge des Opfers	ll für Anführer 3 - 15 J. Z. für Teilnehmer
8)	§ 7 III	NitritG Verstoß gegen das Verbot der Verwendung von Nitriten + schwere Körperverletzung oder Tod	1 - 10 J. Z.

IV. Gemeinsames und Besonderheiten

1. Das Grunddelikt muß vorsätzlich begangen worden sein. Der qualifizierende Erfolg besteht in der Regel in Körperverletzung oder Todesfolge. Er ist auch selbständig strafbar (§§ 222, 230). Die Strafrahmen sind außerordentlich hoch und damit zusammenhängend: alle erfolgsqualifizierten Delikte sind Verbrechen im Sinne von § 1, während sonst im StGB mindestens bedingter Vorsatz für die Einstufung eines Delikts als Verbrechen gefordert wird.

2. Neben diesen Gemeinsamkeiten kann man dem Gesetzgeber aber den Vorwurf der Planlosigkeit und eines systemlosen Durcheinanders nicht ersparen[1].

a) Warum werden Gefangenenmeuterei (§ 122), Abtreibung (§ 218), Zerstörung von Bauwerken (§ 305), einfache Brandstiftung (§ 308), Störung öffentlicher Versorgungseinrichtungen (§ 316 b), Verletzung der Regeln der Baukunst (§ 330) und ähnliche Delikte nicht durch eine schwere Folge qualifiziert, obwohl deren Eintritt hier genau so im Bereich des Möglichen zu liegen scheint wie bei den erfolgsqualifizierten Delikten?

b) Warum sind manche erfolgsqualifizierte Delikte nur durch Todesfolge qualifiziert (z.B. §§ 307 Ziff. 1, 311 III, 312), andere nur durch Körperverletzung (§§ 118, 340 II) im Gegensatz zu solchen, die beide Qualifikationen in sich vereinen? Auffällig sind etwa die Unterschiede zwischen § 229 II (Giftbeibringung plus Körperverletzung oder Todesfolge) und § 324 (Brunnenvergiftung nur mit Todesfolge); ähnlich zwischen § 321 II (Beschädigung von Wasserbauten plus Körperverletzung oder Todesfolge) und § 312 (Überschwemmung nur mit Todesfolge).

c) Die Verursachung des Todes löst im allgemeinen einen schwereren Strafrahmen aus als der Eintritt der Körperverletzung (ausgenommen § 251). Die Mindeststrafrahmen sind aber sehr unterschiedlich. Sie schwanken zwischen mindestens 3 Jahren Gefängnis (§ 226) und 3 Jahren (§§ 226,

---

1) vgl. hierzu auch die eingehenden Darstellungen bei Cohn S. 55 ff.; Löffler S. 226 ff., Radbruch S. 237 ff.

239 III), 5 Jahren (§§ 311 III, 321 II) bis zu 10 Jahren Zuchthaus bzw. der Möglichkeit lebenslangen Freiheitsentzugs (§§ 178, 229 II, 251, 307 Ziff. 1, 312, 324 II). Ähnliche Unterschiede sind im Falle der Körperverletzung festzustellen (1 Jahr Gefängnis § 224 - 1 Jahr §§ 118, 221 III, 239 II, 321 II, 2 Jahre § 340 II, 5 Jahre § 229 II, 10 Jahre Zuchthaus § 251). Dies ist oft um so unverständlicher, als die Grunddelikte in einigen Fällen den gleichen Strafrahmen aufweisen und der Unrechtsgehalt vom Gesetzgeber daher als in etwa gleichwertig erachtet wurde (vgl. das Verhältnis von Grunddelikt zu schwerer Folge in den §§ 221, 321, 340). Auch bei Raub, Brandstiftung und Explosionsherbeiführung ist die Mindeststrafe des Grunddelikts 1 Jahr Zuchthaus, die Mindeststrafe der Qualifikation dagegen in den ersten beiden Fällen 10 Jahre, im letzten 5 Jahre Zuchthaus.

d) Ferner fehlt bei den §§ 178 (in Verbindung mit § 176), 229 II, 324 II ein Ineinandergreifen der Strafrahmen von Grunddelikt und Qualifizierung, "was unbedingt erforderlich ist, um dem Richter die Möglichkeit zur Berücksichtigung aller Umstände des konkreten Falles bei der Strafzumessung zu belassen"[1].

e) Die größte Abnormität innerhalb der Gruppe der erfolgsqualifizierten Delikte stellt wohl der schwere Forstwiderstand (§ 118) dar. Die §§ 117 ff. stammen in ihren wesentlichen Zügen aus der ersten Hälfte des vorigen Jahrhunderts[2].

> "Die nicht wegzuleugnende Härte der Strafvorschriften findet darin ... ihre Rechtfertigung, ... den Gefahren, welchen die den Angriffen der Forst- und Jagdfrevlern preisgegebenen Schutzbeamten in höherem Maße, als die meisten anderen Beamten ausgesetzt sind, ... möglichst vorzubeugen"[3]

Offenbar wurde hier dem flintenbewaffneten Wilderer, der die landesherrlichen Jagdgründe unsicher macht, ein bleibendes Denkmal gesetzt. Warum dann aber im Gegensatz zu den meisten anderen erfolgsqualifizierten

---

1) so Fischer Diss. S. 21 wohl im Anschluß an Cohn S. 56 f. und Radbruch S. 237

2) Nachbildung der Bestimmungen des preussischen Gesetzes über die Strafe der Widersetzlichkeit gegen Forst- u. Jagdbeamte v. 31. 3. 1837

3) Motive zum Entwurf eines StGB für den Norddeutschen Bund 1869 S. 126

Delikten ausgerechnet die einfache und nicht die schwere Körperverletzung zum Qualifikationsgrund erkoren wurde, vermag man nicht einzusehen. Begeht nämlich der Täter eine schwere Körperverletzung, so wird ihm das vom Gesetz mit einer um die Hälfte verminderten Höchststrafe honoriert (§ 224: 5 Jahre, § 118: 10 Jahre Zuchthaus). Unerfindlich auch, wieso die in der Praxis sehr viel bedeutenderen Tatbestände der §§ 113, 114 (Widerstand gegen die Staatsgewalt) keine Qualifizierung erfahren haben. Im E 62 wurden diese Mängel größtenteils beseitigt (vgl. § 422 Ziff. 4 E 62).

V. Rechtslage vor Einführung des § 56

Bevor § 56 (1953) das Fahrlässigkeitserfordernis aufstellte, waren die Auffassungen darüber, unter welchen Voraussetzungen die schwere Folge zugerechnet werden sollte, nicht ganz einheitlich:

1. Nach der (genau 70 Jahre bestehenden) Rechtsprechung des RG und BGH[1] kam der höhere Strafrahmen immer dann zur Geltung, wenn der Täter eine Ursache für den Eintritt der schweren Folge im Sinne der Bedingungstheorie (conditio sine qua non) gesetzt hatte. Eine Heranziehung von Adäquanz- oder Schuldgesichtspunkten wurde abgelehnt.

2. Ein Teil des Schrifttums stimmte dieser Auffassung zu[2]. Die erfolgsqualifizierten Delikte wurden als Ausnahme vom Schuldprinzip betrachtet. Andere verurteilten die Ansicht der Rspr. zwar ("Faulbett der Praktiker", Löffler), sahen aber de lege lata keine Möglichkeit der Haftungsbeschränkung[3].

---

1) von RG 5, 29 (28. 9. 1881) bis BGH 1, 332 (28. 9. 1951); z.B.: RG 27, 94; insbesonders 44, 139; 56, 378; 59, 110, 157; 63, 8 f.; 64, 144

2) Hahn § 224 Anm. 1; Meyer-Allfeld S. 161/2; Niethammer BT S. 153; Olshausen § 226 Anm. 1; Oppenhoff § 224 Anm. 12, 13; Rubo § 221 Anm. 8; Rüdorff § 224 Anm. 3; Schwarze § 226 Anm. 1

3) Gerland S. 127 FN 3; v. Liszt-Schmidt S. 238, 169; Metzger Lb S. 318 f.; ähnlich auch Löffler S. 269, 281.

3. Eine dritte Gruppe forderte die Zurechnung nach Adäquanzgesichtspunkten[1]. Die Rechtfertigung der Adäquanztheorie wurde im wesentlichen gerade auf die Ablehnung unbilliger Ergebnisse bei den erfolgsqualifizierten Delikten durch die Äquivalenztheorie gestützt.

4. Einige verlangten Fahrlässigkeit hinsichtlich des schweren Erfolges[2].

5. Da auch der BGH nicht mit der Rspr. des RG brechen wollte, sah sich schließlich der Gesetzgeber veranlaßt, der "Barbarei" (Löffler) der reinen Zufallshaftung ein Ende zu bereiten. Er hielt sich dabei an frühere StGB-Entwürfe, die schon damals Fahrlässigkeit zur Haftungsbegrenzung forderten[3]. Von der Verwirklichung des Adäquanzgedankens wurde abgesehen, wohl, um nicht einen zweiten Kausalbegriff ins StGB einzuführen.

B) DIE ERFOLGSQUALIFIZIERTEN DELIKTE DES E 62

I. Auch der E 62 glaubt, auf erfolgsqualifizierte Delikte nicht verzichten zu können. Es findet sich hier eine dem § 56 entsprechende Regelung:

> § 22 E 62: "Knüpft das Gesetz an eine besondere Folge der Tat eine schwerere Strafe, so trifft sie den Täter oder den Teilnehmer nur, wenn ihm hinsichtlich dieser Folge Fahrlässigkeit zur Last fällt."[4]

Auffallend sind die im Vergleich zum StGB relativ niederen Strafrahmen. Die Einstufung als erfolgsqualifiziertes Delikt bringt nicht mehr den Übergang vom Vergehen zum Verbrechen mit sich. Die bei den erfolgsqualifi-

---

1) v. Calker S. 43 f.; Engisch "Die Kausalität ..." S. 70, "Untersuchungen ..." S. 76, JZ 51, 787 f.; Frank § 1 III 2b (S. 15); v. Hippel S. 148; Kohlrausch-Lange 39./40. Aufl. Vorbem. I C; Maurach BT 1. Aufl. § 9 B, D (S. 72 f., 74); Welzel 2. Aufl. S. 28.

2) Binding Handbuch I S. 366; eingehend Hälschner Bd. I S. 326 ff., insb. S. 328, Bd. II, 1 S. 102 f., 376 f.; Nagler-Schaefer in LK 6./7. Aufl. § 226 Anm. 1; Schönke 6. Aufl. Vorbem. IV 4; Schütze S. 396 FN 9; wohl auch Berner S. 496.

3) § 15 E 25; § 21 E 27, E 30; während § 62 E 09 und § 25 E 13 noch etwas unklar auf die Vorhersehbarkeit des Erfolges abstellen (vgl. dazu näher Mezger Lb S. 319).

4) Im Gegensatz zu § 62 E 62 verlangt § 18 des 2. StrRG v. 4. 7. 1969 (BGBl I, S. 720) in Übereinstimmung mit § 56 StGB "wenigstens Fahrlässigkeit" hinsichtlich der schweren Folge.

zierten Delikten des StGB kritisierten Unebenheiten sind größtenteils beseitigt. Von § 149 E 62 abgesehen, stellen sich alle übrigen Qualifizierungen als besonders schwere Fälle dar.

II. Wie aus der nachfolgenden Tabelle zu ersehen, wurde die Zahl der erfolgsqualifizierten Delikte im Entwurf wesentlich vermindert (8 gegenüber 18 des StGB). Doch der Schein trügt. Es wäre auch überraschend, wenn man sich dazu aufgerafft hätte, die schweren Grunddelikte mit Verbrechenscharakter, insbesondere die gemeingefährlichen, nicht mehr zu qualifizieren. Hier ist sogar eine ausdehnende Tendenz festzustellen. Insgesamt finden sich neben den unter I. genannten erfolgsqualifizierten Delikten noch rund 26 weitere Delikte, die durch den Eintritt einer schweren Folge qualifiziert sind (vgl. 2. Tabelle)[1].

III. Die in der 2. Tabelle aufgeführten Delikte sind keine erfolgsqualifizierten im Sinne von § 22 E 62. Das erforderliche Maß an Schuld bezüglich der schweren Folge wurde auf Leichtfertigkeit (= besonders schwere Fahrlässigkeit, vgl. § 18 Abs. 3 E 62) erhöht. Dies deshalb, weil dem härteren Strafrahmen (Zuchthaus mit - im Gegensatz zum StGB - zwingenden Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte, vgl. § 45 E 62) auch ein gesteigertes Maß an Schuld entsprechen soll.

1. Der Begriff der Leichtfertigkeit soll etwa dem in den §§ 138 III, 164 V entwickelten[2] gleichkommen und auch über die bewußte Fahrlässigkeit hinausgehen (z.B. frivole Rücksichtslosigkeit, grobe Achtlosigkeit, Verletzung einer besonders ernst zu nehmenden Pflicht)[3]. Ob dabei eine Ver-

---

1) Im Vergleich zum StGB bringt E 62 allerdings geänderte Strafrahmen: So beträgt nach § 44 E 62 die Zuchthausstrafe zwischen 2 und 20 Jahren und nach § 46 E 62 die Gefängnisstrafe zwischen 1 Monat und 10 Jahren. Zu beachten ist aber, daß das Gesetz die Unterscheidung zwischen Gefängnis und Zuchthaus ab 1. 4. 1970 nicht mehr kennt, sondern nur noch eine Freiheitsstrafe (Artikel 5 des 1. StrRG v. 25. 6. 1969; BGBl I, S. 657).

2) vgl. hierzu etwa Schönke-Schröder § 164 Rdn. 40

3) Begründung S. 18

1. Tabelle der erfolgsqualifizierten Delikte des E 62

				Strafrahmen des e. D.	Strafrahmen des Grunddelikts
1)	§ 149 I	Ziff. 1	Körperverletzung + Tod	3 M. - 5 J. G.	- 3 J. G.
		Ziff. 2	gefährliche Körperverletzung + Tod	6 M. - 10 J. G.	- 5 J. G.
		Ziff. 3	schwere Körperverletzung + Tod	2 J. - 15 J. Z.	- 10 J. Z.
	II	Ziff. 1	Körperverletzung + schwere Schädigung	- 5 J. G.	- 3 J. G.
		Ziff. 2	gefährliche Körperverletzung + schwere Schädigung	3 M. - 5 J. G.	- 5 J. G.
2)	§ 154 III	Ziff. 3	Mißhandlung Abhängiger + schwere Schädigung/Tod	1 J. - 10 J. G.	3 M. - 5 J. G.
3)	§ 164	Ziff. 3	Freiheitsberaubung + schwere Schädigung/Tod	6 M. - 10 J. G.	- 3 J. G.
4)	§ 167 IV	Ziff. 3	polit. Verdächtigung + schwere Schädigung/Tod	6 M. - 10 J. G.	- 5 J. G.
5)	§ 171	Ziff. 3	Nötigung + Tod	6 M. - 10 J. G.	- 3 J. G.
6)	§ 391 II	Ziff. 3	landesverräterische Täuschung + empfindliche Störung der politischen Beziehungen	1 J. - 10 J. G.	3 M. - 5 J. G.
7)	§ 422	Ziff. 4	Nötigung/Widerstand gegen die Staatsgewalt + Schädigung/Tod	6 M. - 10 J. G.	- 5 J. G.
8)	§ 424	Ziff. 4	Gefangenenmeuterei + schwere Schädigung/Tod	1 J. - 10 J. G.	3 M. - 5 J. G.

2. Tabelle der durch hinzutretende Leichtfertigkeit qualifizierten Erfolgsverbrechen des E 62

				Strafrahmen der Qualifizierung	Strafrahmen des Grunddelikts
1)	§ 139 II	Ziff. 2	Aussetzung + Tod	1 J. - 10 J. G.	- 5 J. G.
2)	§ 141 I	Ziff. 3	Abtreibung + schwere Schädigung/Tod	- 10 J. Z.	- 5 J. G.
3)	§ 205 I		Notzucht + schwere Schädigung	5 J. - 20 J. Z.	- 10 J. Z.
	II		+ Tod	10 J. - 20 J. Z.	- 10 J. Z.
4)	§ 206 a IV		Nötigung zur Notzucht + schwere Schädigung	- 15 J. Z.	- 3 J. G.
			+ Tod	5 J. - 20 J. Z.	- 3 J. G.
5)	§ 210 V		Unzucht mit Kindern + schwere Schädigung	- 15 J. Z.	6 M. - 10 J. G.
			+ Tod	5 J. - 20 J. Z.	
6)	§ 246 I	Ziff. 2	Raub + schwere Schädigung	5 J. - 20 J. Z.	
			+ Tod	10 J. - 20 J. Z.	- 10 J. Z.
7)	§ 247		räuberischer Diebstahl wie 6)		
8)	§ 260 I	Ziff. 5	Erpressung + Tod	- 10 J. Z.	- 5 J. G.
9)	§ 261		räuberische Erpressung wie 6)		
10)	§ 282		räuberische Wilderei wie 6)		
11)	§ 196 I	Ziff. 3	Landfriedensbruch + schwere Schädigung/Sachbeschädigung	6 M. - 10 J. G.	- 1 J. G.

				Strafrahmen der Qualifizierung	Strafrahmen des Grunddelikts
12)	§ 338 I	Ziff. 1	ein besonders schwerer Fall liegt bei den folgenden §§ in der Regel dann vor, wenn der Täter durch die Tat leichtfertig den Tod eines anderen verursacht:		
		§ 320	Brandstiftung	5 J. - 20 J. Z.	- 15 J. Z.
		§ 322	Herbeiführung einer Kernexplosion	10 J. - 20 J. Z. oder ll	5 J. - 20 J. Z.
		§ 323	Herbeiführung einer konventionellen Explosion	5 J. - 20 J. Z.	- 15 J. Z.
		§ 324	Mißbrauch ionisierender Strahlen	5 J. - 20 J. Z.	- 10 J. Z.
		§ 327	Gefährdung durch Gift	5 J. - 20 J. Z.	- 10 J. Z.
		§ 328	Entfesselung von Naturkräften	5 J. - 20 J. Z.	- 10 J. Z.
		§ 329	Brunnenvergiftung	5 J. - 20 J. Z.	- 10 J. Z.
		§ 330	Lebensmittelvergiftung	5 J. - 20 J. Z.	- 10 J. Z.
		§ 331	Verbreiten übertragbarer Krankheiten	5 J. - 20 J. Z.	- 15 J. Z.
		§ 333	Beeinträchtigung von Energieanlagen	6 M. - 10 J. G.	- 5 J. G.
		§ 334	Beeinträchtigung von Arbeitsschutzvorrichtungen	6 M. - 10 J. G.	- 5 J. G.
		§ 336	Gefährdung durch Einsturz eines Bauwerks	1 J. - 10 J. G.	3 M. - 5 J. G.
		§ 337	Baugefährdung	6 M. - 10 J. G.	- 5 J. G.
		§ 337 a	Gefährdung durch Elektrizität oder Gas	6 M. - 10 J. G.	- 5 J. G.
	§ 338 II	Ziff. 1	ein besonders schwerer Fall liegt bei den Taten nach §§ 333, 334, 336 bis 337 a ferner in der Regel vor, wenn der Täter leichtfertig die schwere Schädigung eines anderen verursacht.		
13)	§ 413 IV	Ziff. 2	Wehrmittelsabotage + Tod	1 J. - 10 J. G.	3 M. - 5 J. G.

wechslung mit dem zivilrechtlichen Begriff der groben Fahrlässigkeit so ausgeschlossen erscheint, wie der Entwurf meint[1], bleibt abzuwarten; doch dürfte dadurch die Tendenz einer zunehmenden Verobjektivierung des Fahrlässigkeitsbegriffes gefördert werden. Weiter liegt die Gefahr nahe, das Merkmal "grob" auch von der Größe des eingetretenen Erfolgs her zu beurteilen. Mag der verstärkten Einschaltung des Richters bei der Festlegung der Strafhöhe innerhalb der sehr breiten Strafrahmen zugestimmt werden, um eine möglichst gerechte Anpassung an den einzelnen Fall zu erreichen, so wäre es im Interesse der Rechtssicherheit begrüßenswert gewesen, wenn der Gesetzgeber ihm hier ein schärfer formuliertes Kriterium an die Hand gegeben hätte. Auch ist unschwer vorauszusehen, daß die Zahl der Revisionsvorlagen hier besonders hoch sein dürfte.

2. Die Existenz zweier verschiedener Gruppen qualifizierter Delikte im E 62 wirft die Frage auf, inwieweit der herkömmliche Begriff des erfolgsqualifizierten Delikts noch paßt. Sinnvoll war er im Grunde genommen nur bis zur Einführung des § 56, solange der schwerere Strafrahmen wirklich auf Grund der bloßen Erfolgsverursachung eingriff. Die erfolgsqualifizierten Delikte des geltenden Rechts wären daher mit Rücksicht auf § 56 besser als "durch hinzutretende Fahrlässigkeit qualifizierte Erfolgsverbrechen" zu bezeichnen[2] (obwohl hier das "wenigstens fahrlässig" in § 56 nicht genau zum Ausdruck kommt); die des E 62 etwa als "die durch eine unvorsätzliche Folge verschuldeten Erfolgsdelikte". Um terminologische Verwirrungen zu vermeiden, und weil der Begriff des erfolgsqualifizierten Delikts sich eingebürgert hat, soll er hier weiter verwandt werden (wobei in diesem Abschnitt dann sowohl die durch Fahrlässigkeit als auch die durch Leichtfertigkeit qualifizierten Erfolgsdelikte des E 62 darunter zu verstehen sind).

3. Beide Deliktsgruppen des E 62 unterscheiden sich - außer im Schulderfordernis - nicht voneinander. Die auftauchenden Probleme sind bei beiden

---

1) Begründung S. 18
2) Maurach AT § 18 II A 2 (S. 169)

die gleichen[1]. Auch würde es ihrer Bedeutung und historischen Gewachsenheit widersprechen, wollte man sie nicht zu den erfolgsqualifizierten Delikten im üblichen Sinne zählen.

Somit ist die Zahl der erfolgsqualifizierten Delikte im E 62 gegenüber dem StGB (und sogar gegenüber dem preussischen StGB) erheblich größer (34 : 18). Kann man sie im StGB noch mehr oder weniger als Ausnahme ansehen, so nehmen sie im E 62 - auch im Verhältnis zur Gesamtzahl der Delikte - einen relativ breiten Raum ein. Damit sieht sich ein Motiv, das zur Verringerung der Anzahl der erfolgsqualifizierten Delikte führen sollte, nämlich die Schwierigkeiten bei der Teilnahme[2], in sein Gegenteil verkehrt.

---

1) Es ist daher nicht richtig, die zweite Gruppe aus der Untersuchung a limine auszuklammern, wie es Gosch Diss. S. 1/2 und Seebald S. 11 tun.

2) Dieser Gedanke kommt bei Koffka Ndschr. S. 240 ins Spiel.

Zweiter Teil

DIE TEILNAHME AM ERFOLGSQUALIFIZIERTEN DELIKT

Versteht man unter Teilnahme die Haftung wegen Beteiligung an fremder Tatbestandsverwirklichung[1], so kommen in der folgenden Untersuchung hauptsächlich nur die Probleme der Anstiftung und Beihilfe zum erfolgsqualifizierten Delikt in Betracht. Dabei ist die Teilnahmesituation bei Anstiftung und Beihilfe weitgehend gleichgelagert, wie sich aus einem Vergleich der §§ 48 und 49 ergibt. Bzgl. der Beihilfe ist lediglich die Möglichkeit der Strafmilderung (§ 49 II) zu beachten. Es wird daher, um unnötige Wiederholungen zu vermeiden, darauf verzichtet, das Thema in einen Abschnitt über Anstiftung und einen über Beihilfe aufzuteilen[2]. Vielmehr werden die Teilnahmefragen von der Anstiftung ausgehend erörtert und nur dort, wo es notwendig erscheint, näher auf die Beihilfe eingegangen.

---

1) vgl. z.B. Schönke-Schröder vor § 47 Rdn. 3
2) wie etwa Gosch Diss. S. 26, 75

1. Kapitel

ALLGEMEINES

I. Wirft man einen Blick auf die Rechtslage vor Einführung des § 56, so war die Frage der Teilnahme damals verhältnismäßig klar geregelt. Die ständige Rechtsprechung des RG und mit ihr die h. M. [1] bestrafte den Teilnehmer aus dem erfolgsqualifizierten Delikt, ohne daß der schwere Erfolg von seinem Vorsatz umfaßt sein mußte. Das folgte daraus, daß "nur insoweit als das Gesetz die Strafbarkeit des Täters von dessen Willensrichtung abhängig macht, ein entsprechender Wille des Anstifters vorgelegen haben muß" [2]. Da aber die erhöhte Strafbarkeit des Täters an die schwere Folge anknüpfte, also an einen Umstand, der außerhalb seines Willens lag, so war auch ein entsprechender Wille des Anstifters in bezug auf die schwere Folge nicht erforderlich. Die Haftung des Teilnehmers resultierte also unmittelbar aus den §§ 48, 49. Der schwere Erfolg war praktisch eine Art objektive Bedingung der Strafbarkeit.

II. Heute trifft nach § 56 den Täter die höhere Strafe nur, "wenn er die Folge wenigstens fahrlässig herbeigeführt hat". Vom Teilnehmer ist weder hier, noch in der Begründung des 3. StÄG, welches § 56 einführte, die Rede. Daraus läßt sich aber weder folgern, daß für den Teilnehmer die alte Erfolgshaftung weiterbesteht, noch daß er überhaupt keiner Haftung unterliegt. Unbestrittenermaßen gilt das Fahrlässigkeitserfordernis auch für den Teilnehmer. Der Absicht des Gesetzgebers, dem Schuldprinzip bei den erfolgsqualifizierten Delikten zum Durchbruch zu verhelfen, würde es widersprechen, die reine Erfolgshaftung auf einem Teilgebiet aufrechtzuerhalten. Ferner spricht das StGB auch an anderen Stellen nur vom Täter, obwohl es den Teilnehmer ebenfalls meint (etwa in § 46 und ganz deutlich

---

1) Nachweise bei Meyer-Allfeld 8. Aufl. 1922 S. 208 FN 25; vgl. ferner oben S. 17 FN 1 und 2

2) RG 59, 156/7 für §§ 226/48; RG 56, 378 für §§ 251/49; RMG 10, 222, 225 für §§ 93 I MStGB/48 StGB

in § 68 I-II). Schließlich wird in § 22 E 62 und § 18 2. StrRG der Teilnehmer ausdrücklich erwähnt.

III. Wie das Endergebnis der Teilnahme am erfolgsqualifizierten Delikt auszusehen hat, steht somit fest:

a) dem Teilnehmer wird seine Teilnahme im Rahmen des ganzen erfolgsqualifizierten Delikts zugerechnet[1];
b) die höhere Strafe trifft ihn aber nur, wenn er bezüglich des schweren Erfolges mindestens fahrlässig gehandelt hat. Andernfalls bleibt es bei der Teilnahme am Grunddelikt[2]. Das ergibt sich schon aus dem Grundsatz des § 50 I, wonach jeder nur gemäß seiner Schuld haftet.

IV. Doch wie findet sich für dieses Ergebnis eine akzeptable dogmatische Begründung? Wie sieht gewissermaßen die "Innenkonstruktion" innerhalb des erfolgsqualifizierten Delikts aus?
Die bisherigen Auffassungen sind höchst uneinheitlich: Einige begnügen sich mit dem Fahrlässigkeitserfordernis und lassen im übrigen bewußt offen, wie die Teilnahme am erfolgsqualifizierten Delikt nun im einzelnen aussieht. Andere glauben eine einheitliche Schuldform gefunden zu haben, oder man korrigiert § 56 dahin, daß für den Teilnehmer wenigstens dolus eventualis zu fordern sei. Teilweise wird vorgeschlagen, die schwere Folge zu vernachlässigen, während im Gegensatz dazu manche auf den Vorsatzteil glauben verzichten zu können. Wieder andere halten fahrlässige Nebentäterschaft bzgl. der schweren Folge für den einzigen Ausweg, und ganz extrem wird in § 56 die Anerkennung der fahrlässigen Teilnahme verlangt. Auch der Ruf nach Einführung der Adäquanz ist nicht verstummt. Einge wollen den Begriff der Fahrlässigkeit abweichend von bisherigen Gepflogenheiten interpretiert wissen, oder es wird ein besonders gearteter Gefährdungsvorsatz in Betracht gezogen. Kein Wunder, wenn nicht wenige eine befriedigende Lösung nur noch de lege ferenda erblicken bzw. das Thema rein

---

1) so h. M., vgl. auch Seebald S. 50; Oehler GA 54, 38
2) h. M., vgl. z.B. Kohlrausch-Lange § 56 Anm. IV 4; Schönke-Schröder § 56 Rdn. 6

auf die Ebene der Strafzumessung verlagern wollen. Schließlich wird die gänzliche Beseitigung der erfolgsqualifizierten Delikte für das Sinnvollste angesehen, unter anderem weil sie gegen das Schuldprinzip verstießen, obwohl gerade dessen Durchsetzung der Grund für die Einführung des § 56 war.

Die Lage wird noch erheblich komplizierter, wenn man die verschiedenen Schuldformen bei Täter und Teilnehmer bzgl. des Grund- und Erfolgsdelikts entsprechend variiert. Man erhält dann eine Vielzahl verschiedener Fälle[1], die unter Hinzunahme von Rechtfertigungs- und Schuldausschließungsgründen sowie Irrtumsfällen sich beliebig vermehren lassen.

V. Fast jeder Autor, der bisher zum Thema irgendwie Stellung genommen hatte, vertrat einen eigenen Lösungsweg. Gewöhnlich wurden aus der Vielzahl der Fälle einzelne herausgegriffen und hier ad hoc gefundenen Lösungen zu verallgemeinern gesucht. Fast nie bemühte man sich, zu untersuchen, ob es gerade im Hinblick auf die Teilnahme besondere Strukturen des erfolgsqualifizierten Delikts gibt. Zwar finden sich vielfach eingehende Erörterungen über Sinn und Wesen der erfolgsqualifizierten Delikte, die aber ohne greifbare Resultate für die Teilnahme bleiben, ja bleiben müssen, mangels einer direkten inneren Bezogenheit hierzu. Andererseits werden in vielen Arbeiten Teilaspekte und Ausschnitte dargestellt, deren Standort innerhalb eines größeren gedanklichen Zusammenhangs jedoch nicht erkannt wird. Man beschäftigt sich zuviel mit dem Symptom, der Haftung des Teilnehmers an der schweren Folge, und vergißt darüber die Anwendung einer kausalen Therapie. Die Ursache liegt nämlich in dem Spannungsverhältnis von Grunddelikt zur schweren Folge innerhalb des erfolgsqualifizierten Delikts begründet, und die entscheidende Frage lautet:

> können hinsichtlich der Teilnahme Grunddelikte und schwere Folge wie zwei selbständige Delikte behandelt werden (so wie ein "normales" Vorsatz- bzw. Fahrlässigkeitsdelikt) oder nicht?

Diese Erkenntnis mag banal klingen und vielleicht von vielen als selbstverständlich angesehen werden. Gerade derartige Selbstverständlichkeiten

---

1) am ausführlichsten bisher von Gosch in ihrer Diss. dargestellt.

tragen gerne die Gefahr in sich, daß man sie zu wenig beachtet. Jedenfalls wurde diese Frage bisher noch nie mit Schärfe formuliert.

VI. Aus der Fragestellung ergibt sich auch der gedankliche Aufbau einer Antwort:

Zuerst ist festzustellen, ob es gemeinsame Kriterien für beide Deliktsteile gibt, welche einen Anknüpfungspunkt für die Teilnahme am erfolgsqualifizierten Delikt als ganzem liefern (2. Kapitel, Abschnitt 1). Falls ja, erübrigt sich ihre getrennte Behandlung.

Falls nein, muß nun logisch zwingend jeder Deliktsteil bei der weiteren Untersuchung für sich betrachtet werden. Das bedeutet aber nicht, daß damit auch gleichzeitig beide Teile wie zwei selbständige Delikte zu behandeln sind. Vielmehr ist zuvor jeder Teil daraufhin zu überprüfen, ob und inwieweit ihm ein rechtliches Übergewicht über den anderen zukommt, so daß dieser etwa vernachlässigt werden kann (Abschnitt 2, A).

Erst, wenn das Resultat hierzu negativ ausfällt, steht man vor der Notwendigkeit, beide Deliktsteile wie selbständige Delikte anzusehen, wobei sich die Frage stellt, wie ihre Zusammenfassung in einem Tatbestand dann erklärt werden kann (Abschnitt 2, B I u. II).

Aus all dem ergibt sich weiter eine Reihe von Folgerungen, welche die theoretische Grundlage für die Lösung der Fälle liefert (Abschnitt 2, B III). Anhand der Fälle (3. Kapitel) wird sich insbesondere Umfang und Grenzen unseres Lösungsschemas und damit der Teilnahme am erfolgsqualifizierten Delikt überhaupt ergeben.

Was die Vielzahl der möglichen Fälle betrifft, so lassen sich bei näherer Durchsicht zwei größere Hauptgruppen bilden: die eine mit gleichem Schuldmoment auf Täter- und Teilnehmerseite, nämlich Fahrlässigkeit bezüglich der schweren Folge (3. Kapitel, Abschnitt 1); die andere mit unterschiedlichen Schuldbeziehungen, insbesondere wenn bei einem Beteiligten Vorsatz hinsichtlich der schweren Folge vorliegt (Abschnitt 2).

2. Kapitel

DAS VERHÄLTNIS VON GRUNDDELIKT ZU SCHWERER FOLGE

Abschnitt 1

Übergeordnete Gesichtspunkte

I. Der Adäquanzgedanke

1. Arthur Kaufmann[1] sieht als vernünftigste Lösung der Teilnahmeprobleme den Adäquanzgedanken an, so wie er von Welzel in der 5. Aufl. seines Lehrbuches einmal formuliert wurde[2]:

> "Die Schwierigkeiten würden behoben, wenn man den Begriff der Fahrlässigkeit in § 56 nur objektiv als Verletzung der verkehrsmäßigen Sorgfalt, nicht subjektiv als vorwerfbare Sorgfaltsverletzung (also nur als Rechtswidrigkeits-, nicht als Schuldelement) verstehen würde. Dann liefe § 56 im wesentlichen auf die Anerkennung der adäquaten Kausalitätstheorie bei (allen) erfolgsqualifizierten Delikten hinaus."

In der Tat spricht manches für einen derartigen Weg aus der dogmatischen Sackgasse der erfolgsqualifizierten Delikte. Die Teilnahmefragen ließen sich alle nach dem Grunddelikt entscheiden. Eine Zurechnung des Erfolges käme nur dann in Frage, wenn die Handlung nach allgemeiner Lebenserfahrung geeignet war, ihn herbeizuführen. Die Lösung erfolgt nicht mehr auf der Ebene der Schuld, sondern auf der der Kausalität. Man hätte damit ein Modell, das demjenigen der h. M. vor Einführung des § 56 entspricht, nur, daß man damals eben die Bedingungstheorie genügen ließ.

2. De lege lata dürfte sich aber - entgegen Kaufmann und Welzel - der Adäquanzgedanke nicht verwirklichen lassen. Zunächst drängt sich einem auf den ersten Blick der Einwand auf, daß ein Nebeneinander von Adäquanz und Fahrlässigkeit in § 56 wohl des Guten zuviel und darüber hinaus auch widersprüchlich sei: der Begriff der Fahrlässigkeit ist insofern enger, als er letztlich auf die individuelle Vorhersehbarkeit abstellt, während die Adäquanz objektive Maßstäbe anlegt.

---

1) Schuldprinzip S. 246
2) 1956, § 13 I 3b (S. 58); vgl. ferner Welzel in Ndschr S. 258

a) Hiergegen wird von Kaufmann[1], im Anschluß an Jescheck[2], ein nicht zu übersehendes Argument vorgetragen: In der Praxis werde die Vorhersehbarkeit des schweren Erfolges aus der allgemeinen Lebenserfahrung hergeleitet. Daher sei der Unterschied zwischen Adäquanz und Fahrlässigkeit nicht so bedeutsam, wie man theoretisch vielleicht annehmen möchte. Der Einwand trifft zu.

In der Rechtsprechung wird - insbesondere auf dem Gebiet des Verkehrsrechts - die individuelle Vorhersehbarkeit schon dann bejaht, wenn sich der Kausalverlauf im Rahmen allgemeiner Erfahrung hält. So soll es beispielsweise gleichgültig sein, ob der Täter auch die Besonderheiten kannte oder hätte vorhersehen können, die im gegebenen Einzelfall den konkreten Erfolg herbeiführten (etwa Tod infolge Blutereigenschaft des Opfers), wenn nur der Erfolgseintritt überhaupt im Bereich einer möglichen Wirkung der Handlung lag (etwa Steinwurf an den Kopf)[3].

In der Lehre wird zum Teil von vornherein die Adäquanztheorie vertreten (Maurach[4]), zum Teil der Begriff der Fahrlässigkeit objektiv umschrieben (Welzel[5], ähnlich Lange[6]).

b) Jedoch nur, wenn man dieser Anerkennung der Adäquanz durch die Hintertür eines nicht konsequent angewandten Fahrlässigkeitsbegriffes folgt, wird man sich der Ansicht Kaufmanns nicht verschließen können.

Die Auffassung der Rechtsprechung erscheint nämlich widersprüchlich. Es geht nicht an, einerseits die Vorhersehbarkeit des Erfolges nach rein subjektiven Gesichtspunkten zu postulieren[7], um dann faktisch beim genauen

---

1) aaO S. 246
2) Ndschr S. 246 ff.
3) vgl. RG 54, 351; Schönke-Schröder § 59 Rdn. 185, 182 mit zahlreichen Nachweisen, Maurach AT § 44 III B 1 (S. 487 ff.).
4) AT § 18 II C 2 (S. 171 ff.).
5) 10. Aufl. 1967 § 18 I (S. 126 f.) "Der Gesichtspunkt der obj. Voraussehbarkeit ist identisch mit dem Gesichtspunkt der adäquaten Kausalität", Maßstab des § 276 BGB.
6) in Kohlrausch-Lange § 56 Anm. II: es sei "die Fahrlässigkeit als Verletzung der objektiv erforderlichen Sorgfalt mit der Adäquanz ... gleichzusetzen".
7) Vgl. z.B. RG 30, 28: die Beurteilung der Fahrlässigkeit sei wesentlich aus der Beschaffenheit der konkreten Verhältnisse zu schöpfen. RG 58, 30: maßgebend sei, inwieweit der Täter nach seinen persönl. Fähigkeiten

Gegenteil, der objektiven Adäquanz, zu landen. Das würde unter anderem im Effekt zu einer ungerechtfertigten Privilegierung des (intelligenteren) Täters mit überdurchschnittlichem Kausalwissen führen[1].

Vielmehr muß betont werden, daß es auch darauf ankommt, was gerade dieser Täter nach seinen persönlichen Kenntnissen und Fähigkeiten in der konkreten Situation als möglich hätte voraussehen können[2]. Daraus folgt zwar, daß ein Kausalverlauf der außerhalb aller Lebenserfahrung liegt, nie den Vorwurf der Fahrlässigkeit begründet, und insofern ergeben sich Überschneidungen mit dem Adäquanzgedanken; dagegen ist dem Umkehrschluß, daß alles andere vorhersehbar sei, die Anerkennung zu versagen. Dieser fast zivilistische Fahrlässigkeitsbegriff der Rechtsprechung - so führt Schröder[3] überzeugend dazu aus - "der das Fahrlässigkeitsdelikt zum erfolgsqualifizierten Delikt im Sinne adäquater Verursachung macht, hebt § 56 in seiner gesetzgeberischen Tendenz aus den Angeln".

c) Damit wird ein Gedanke ins Spiel gebracht, der wohl entscheidend gegen eine Befürwortung der Adäquanz spricht. Das Schuldprinzip, dessen Durchsetzung ja gerade der Grund für die Einführung des § 56 war, würde weitgehend entleert, indem Erwägungen, die eigentlich der Schuld zugeordnet sein sollten, auf den Bereich der Kausalität vorgezogen werden und die Grenzziehung zwischen beiden Gebieten verwischt wird[4]. "Solange das Gesetz Schuld und Kausalität trennt und solange es die Fahrlässigkeit ... als Schuldform beibehält, solange kann das Gesetz unter "Verursachung" (bei den erfolgsqualifizierten Delikten) nicht die adäquate Verursachung meinen, da sie die eigentliche Formulierung der vom Gesetz als Schuldform angesehenen Fahrlässigkeit darstellt"[5].

---

zur Betätigung der nötigen Sorgfalt noch imstande war; vgl. weiter Maurach AT § 44 III B 2 (S. 488) mit eingehenden Rechtsprechungs-Nachweisen.

1) vgl. im einzelnen Baumann § 17 III 1b (S. 217 f.); Schönke-Schröder vor § 1 Rdn. 73b; Schneider Diss. S. 18; ähnl. Fischer Diss. S. 35; für denjenigen, der das nomologische Höchstwissen nicht habe, trete praktisch Zufallshaftung ein.

2) Schönke-Schröder § 59 Rdn. 183; RG 74, 198 mit weiteren Nachweisen.

3) Schönke-Schröder § 59 Rdn. 185

4) vgl. Schneider JR 55, 414; Schwarz-Dreher Anm. B II 3a vor § 1

5) Galliner, Strafrechtl. Abhandlungen Heft 116 S. 40

Abgesehen davon wäre es auch nicht empfehlenswert, im Bereich der erfolgsqualifizierten Delikte eine andere Kausalitätstheorie zu vertreten als im übrigen StGB[1].

d) Kaufmann[2] und Jescheck[3] halten hier eine "gewisse Verkürzung" des Schuldprinzips für berechtigt; denn wer vorsätzlich eine Straftat mit gefährlicher Tendenz begehe, könne nicht verlangen, daß man ihm zugute halte, wenn er wegen persönlicher Defektzustände die Möglichkeit schwerer Folgen nicht erkenne.

Dahinter verbirgt sich aber nicht nur eine "gewisse Verkürzung" des Schuldprinzips, sondern vielmehr dessen totale Preisgabe. In ihrer vollen Tragweite heißt diese Behauptung auch: Haftung eines Schuldunfähigen. Dies dürfte mit dem Grundsatz nulla poena sine culpa kaum zu vereinbaren sein. Interessanterweise vertritt Kaufmann denn auch auf S. 30 seines Buches im Widerspruch zu seiner eben dargestellten Ansicht den fast gegenteiligen Standpunkt, wenn er schreibt:

> " ... statt das Schulderfordernis auch auf die schwere Folge zu erstrecken, könnte man umgekehrt schon von Schuld beim Grundtatbestand absehen und sich für das ganze Delikt mit bloßer Verursachung oder Adäquanz begnügen. Aber es liegt klar zutage, daß das keine Lösung ist." (!)

Selbst die oben kritisierte Tendenz zum verobjektivierten Fahrlässigkeitsbegriff findet sich noch nicht überall in der Rechtsprechung. So stellt der speziell zum Problem der Fahrlässigkeit bei § 56 ergangene Beschluß des OLG Köln v. 5. 7. 63[4] ausdrücklich auch auf die individuelle Vorhersehbarkeit ab. Auch in der einzigen, bisher zur Teilnahme am erfolgsqualifizierten Delikt ergangenen Entscheidung verfällt der BGH[5] nicht auf die

---

1) so auch Dreher Ndschr S. 253; Schneider JR 55, 414 "... zumal die Adäquanztheorie als Lehrmeinung alles andere als eindeutig ist".
2) Schuldprinzip S. 246
3) Ndschr S. 249
4) NJW 63, 2383: "Es genügt, wenn der Täter im Laienverstande begriffen hat, zu welchen Folgen Wunden führen können, wenn es sich um Wunden von solcher Schwere handelt, wie sie die Folge eines Schlages auf den Schädel (mit einem massiv-eichenen Betteckpfosten) nahezu zwangsläufig sind."
5) BGH 19, 341

Idee der Adäquanz. Schließlich hat Welzel sie später in bezug auf die Teilnahmefrage ebenfalls aufgegeben[1].

3. Im ganzen sprechen also gewichtige dogmatische Gründe gegen die Einführung der Adäquanz. Schiebt man diese jedoch beiseite, dann erhält man allerdings eine - gerade für die Teilnahme - bestechend einfache Lösung.

II. Gemeinsame Schuldform

1. Dolus eventualis bezüglich der Folge als Voraussetzung der Teilnehmerhaftung

Lange[2], Lüderssen[3], Hanack/Sasse[4], Schneider[5] und Ziege[6] verneinen eine Bestrafung des Teilnehmers aus dem erfolgsqualifizierten Delikt, wenn bei ihm lediglich Fahrlässigkeit hinsichtlich des Erfolgsdeliktsteils vorliegt. Mindestvoraussetzung sei beim Teilnehmer dolus eventualis. Damit wäre eine einheitliche Schuldform, nämlich Vorsatz, für beide Teile des erfolgsqualifizierten Delikts erreicht. Die Rechtslage beim Problem der Teilnahme entspräche der bei den übrigen Vorsatzdelikten. Die Begründungen hierfür sind zum Teil unterschiedlich:

a) So bemerken Hanack/Sasse[7],

> der Teilnehmervorsatz müsse das volle Verbrechensbild der Haupttat umfassen, wenn die zur Bestrafung erforderliche Kongruenz ("wissentlich" in §§ 48 II, 49 II) zwischen vorgestellter und wirklich ausgeführter Tat bestehen solle. Soweit die Strafbarkeit des Täters von dessen Willensrichtung abhänge, müsse ein entsprechender Wille des Teilnehmers vorliegen. Tue der Täter mehr oder - im Hinblick auf § 56 - führe er durch pflichtwidriges Handeln einen schwereren Erfolg herbei, als es der Teilnehmer wolle, so hafte dieser für den darin liegenden Exzess nicht.

Der letzte Satz ist in dieser Form nicht richtig. Man kann nicht generell in der Erfolgsverursachung einen Exzess des Täters sehen, für den der Teil-

---

1) ab 6. Aufl. 1958 (vgl. dort § 13 I 3 S. 63 - § 16 V 5 S. 104)
2) in Kohlrausch-Lange § 56 IV 4
3) "Zum Strafgrund der Teilnahme" 1967, S. 201 f.
4) DRiZ 55, 216 f.
5) JR 55, 414
6) NJW 54, 179
7) DRiZ 54, 217

nehmer nicht einzustehen hat. Damit wäre die Teilnahme am erfolgsqualifizierten Delikt in aller Regel ausgeschlossen. Ferner ist diese Ansicht in sich widersprüchlich: Wenn man schon im Sinne der (an sich durchaus richtigen) RG-Rechtsprechung einen dem Täterwillen entsprechenden Teilnehmerwillen voraussetzt, kann man auf der anderen Seite nicht verlangen, daß letzterer zusätzlich noch den (vom Täter ja gerade nicht umfaßten) schweren Erfolg miteinbezieht. Das besagt die von Hanack/Sasse angeführte RG-Entscheidung (59, 156) nämlich gerade nicht. Nach ständiger Rechtsprechung des RG entfiel die Haftung des Teilnehmers nur beim Exzess des Täters hinsichtlich des Grunddelikts; so etwa, wenn der Täter bewußt tödliche Schläge vornimmt im Gegensatz zum Teilnehmer, der das Opfer nur betäuben will[1].

Es erscheint daher unzulässig, eine durch die Einführung des § 56 teilweise überholte und dazuhin wohl unrichtig interpretierte RG-Rechtsprechung als Erkenntnisgrundlage für neue Bewertungsmaßstäbe bei der vorliegenden Teilnahmeproblematik zu benutzen.

b) In sich folgerichtiger verfährt Ziege[2]: Die Schuld des Teilnehmers beziehe sich nicht unmittelbar auf die Herbeiführung des Erfolges, sondern darauf, daß der Täter ihn herbeiführe. Daher könne eine Zurechnung nur insoweit erfolgen, als es der Teilnehmer zumindest in Kauf genommen, daß der Täter fahrlässig eine schwere Folge herbeigeführt habe.

c) Lüderssen[3] meint, daß vielfach die Relationen zwischen den Teilnahmevorschriften und § 56 falsch gesehen werden:

> "§ 56 hat ein ganz neues, allein aus sich heraus zu verstehendes Recht geschaffen. Das Verhältnis der §§ 48, 49 zu § 56 ist so zu betrachten, als ob diese Vorschrift von Anfang an vorhanden gewesen wäre. Niemand hätte dann angenommen, § 56 meine, obwohl dort nur ausdrücklich vom Täter die Rede ist, auch den Teilnehmer. Vielmehr wären die §§ 48, 49 ohne weiteres als die im Verhältnis zu § 56 spezielleren Normen erschienen. Deshalb ist es richtig zu verlangen, daß der Teilnehmer, soll sich seine Bestrafung nach dem Strafrahmen des erfolgsqualifizierten Delikts richten, die schwere Folge in Kauf genommen hat."

---

1) vgl. RG HRR 1932, Nr. 1523; ähnlich RG 67, 369 f.; BGH LM Nr. 2 zu § 250
2) NJW 54, 179
3) S. 201/2

d) Einen anderen Ausgangspunkt hat Lange[1]: Er sieht den eigentlichen Unrechtskern der erfolgsqualifizierten Delikte in der vorsätzlichen Gefährdung. Daher seien die Teilnehmer nur dann aus dem erfolgsqualifizierten Delikt haftbar, "wenn sie - mindestens dol. evtl. - wußten oder wollten, daß die Verletzung derart beigebracht werde, daß dabei Schlimmes passieren konnte."

e) Die vorgetragenen Ansichten können jedoch nicht befriedigen.

Stellt man die §§ 48 I, 49 I in Vordergrund, während man das erfolgsqualifizierte Delikt selbst für die Teilnahmefragen als zweitrangig betrachtet, so liegt der Schluß nahe, für den Teilnehmer Vorsatz, also mindestens dolus eventualis zu verlangen. Nur wird die Beweisführung schon bei Berücksichtigung der §§ 48 II, 49 II zweifelhaft. Die Strafe für den Teilnehmer ist hier nach dem Gesetz festzustellen, welches auf die Handlung des Haupttäters Anwendung findet, also dem erfolgsqualifizierten Delikt. Dieses greift aber schon bei Fahrlässigkeit des Haupttäters ein. Die Folge ist eine unterschiedliche Behandlung von Täter und Teilnehmer, welche nur gerechtfertigt wäre durch eine Nichtanwendung (bzw. modifizierte Anwendung) des § 56 auf den Teilnehmer. So in der Tat Hanack/Sasse[2] ("Unmittelbare Anwendung des § 56 auf Teilnehmer kann auch nicht bejaht werden", obwohl es einige Zeilen zuvor noch heißt: die Wirkung des § 56 "bliebe eine bedauerliche Halbheit, wenn sie nicht auch dem Teilnehmer unmittelbar (!) zugute käme"). Zumindest mißverständlich auch Lüderssen ("Niemand hätte dann angenommen, § 56 meine ... auch den Teilnehmer"). Daß eine solche Ansicht den unbestreitbaren Intentionen des Gesetzgebers bei Einführung des § 56 widerspricht, wurde schon oben dargelegt[3]. Damit dürfte auch eine Antwort auf die von Lüderssen unausgesprochen in den Raum gestellte Frage nach der Priorität des § 56 oder der §§ 48 f. gefunden sein: bei der Beurteilung des Teilnehmers ist vom erfolgsqualifizierten Delikt auszugehen, zumindest insoweit, als es die aus dem Grundsatz der Akzessorietät folgende Gleich-

---

1) in Kohlrausch-Lange § 56 IV 4
2) DRiZ 54, 217
3) zustimmend Ziege NJW 54, 179, allerdings ohne die sich hieraus ergebenden Konsequenzen zu ziehen.

behandlung von Täter und Teilnehmer erfordert. Lüderssen ist beizupflichten in der Meinung, § 56 habe ein neues, von sich heraus zu verstehendes Recht geschaffen. Inkonsequent erscheint es jedoch, gleich darauf die Betrachtungsweise umzukehren und § 56 mit einer nicht ganz passenden lex generalis - specialis Betrachtung einseitig die Flügel zu stutzen. Demgegenüber dürfte der Ansatzpunkt Langes besser gewählt sein. Ausgehend von einer dem erfolgsqualifizierten Delikt immanenten Struktur (vorsätzliche Gefährdung), wendet er diese auf den Teilnehmer an. Ob dies insgesamt richtig gesehen ist, kann an dieser Stelle noch dahingestellt bleiben (dazu unten S. 52 f.). Jedenfalls muß auch er sich mindestens den Vorwurf gefallen lassen, die vom Wortlaut des § 56 her gesetzten Schranken eigenmächtig zu verändern. Überdies - und das spricht wohl wesentlich gegen die Vertreter der hier behandelten Meinungsgruppe - gelangen diese Ansichten praktisch nie zu einer Bestrafung wegen Teilnahme am erfolgsqualifizierten Delikt. Handelt der Teilnehmer mit dolus eventualis, der Täter dagegen fahrlässig, so ist jener mittelbarer Täter zunächst des selbständig strafbaren Erfolgsdelikts[1], zu dem - je nach dem (vgl. dazu die Ausführungen unten S. 87 f. sowie im Abschnitt über die Konkurrenzprobleme S. 103 ff.) - noch der Tatbestand des erfolgsqualifizierten Delikts in Idealkonkurrenz hinzutritt. Nur in den Fällen, in denen ein selbständig strafbares Erfolgsdelikt fehlt, wie etwa bei § 239 II (Fall 1), liegt mittelbare Täterschaft des erfolgsqualifizierten Delikts allein vor.

f) In einer späteren Stellungnahme hat Oehler sich dann im wesentlichen der Ansicht Langes angeschlossen[2]. Auf die Kritik an ihr eingehend, modifizierte er sie dahingehend, daß es genüge, wenn der Teilnehmer

> "entweder wußte (Ansicht Langes) oder pflichtwidrig sich nicht vorstellte (Zusatz Oehlers), daß mit dieser Begehung des Grunddelikts eine besondere tatbestandliche Gefahr verbunden ist. Ein fahrlässiges Handeln im Hinblick auf den schweren Erfolg wird deshalb oft nicht vorliegen, weil dem Hintermann die Einwirkung auf die Modalitäten der Handlung im einzelnen gewöhnlich entzogen bleibt."

---

1) so schon Seebald Diss. S. 49 und Gosch Diss. S. 33, die allerdings die Konkurrenzfragen hier nicht anschneiden bzw. anderer Auffassung darüber sind.

2) ZStW 69, 518

Es ist nun aber nicht einzusehen, warum vom herkömmlichen Fahrlässigkeitsbegriff, der im wesentlichen die in enger Wechselbeziehung zueinander stehenden Elemente der Pflichtwidrigkeit, der Willensbetätigung und der Vorhersehbarkeit des Erfolges enthält, die Vorhersehebarkeit entfallen soll. Ist dem Teilnehmer die Einwirkungsmöglichkeit auf die Handlung des Täters entzogen, so dürfte man sich nicht davor scheuen, gegebenenfalls Fahrlässigkeit zu verneinen. Oehler erhält im Ergebnis eine Schuldform, die irgendwo zwischen Fahrlässigkeit und bedingtem Vorsatz beheimatet ist. Auch bleibt unklar, wo die Grenze zwischen Vorhersehbarkeit und pflichtwidrigem Sich-nicht-vorstellen eigentlich verlaufen soll[1]. Oehlers Ansicht ist praktisch nicht verwertbar. Sie zeigt nicht auf, worin sie den von ihr behaupteten Unterschied zum Schulderfordernis der Fahrlässigkeit des § 56 sieht.

g) Insgesamt gesehen kann der Forderung nicht zugestimmt werden, beim Teilnehmer ein höheres Maß an Schuld zu verlangen als Fahrlässigkeit.

2. Die culpa dolo determinata

Auch Seebald glaubt eine einheitliche Schuldform gefunden zu haben: die culpa dolo determinata.

a) Er sieht[2] die erfolgsqualifizierten Delikte als Fahrlässigkeitstatbestände, die durch eine vorsätzliche Primärhandlung qualifiziert sind, an, wobei

> "... objektiv der weitere Erfolg durch die tatbestandliche Primärhandlung herbeigeführt wird und subjektiv die Finalität des fahrlässigen Täters identisch ist mit dem Vorsatz zur Begehung der Primärhandlung. Wer so die erfolgsqualifizierten Delikte als qualifizierte Fahrlässigkeitstatbestände auffaßt, gelangt für sie zu einer einheitlichen, den gesamten Tatbestand umfassenden Schuldform, der Fahrlässigkeit im Sinne der culpa dolo determinata".

b) Was versteht man unter der culpa dolo determinata?

Der Begriff wurde von Feuerbach geprägt und erklärt sich wie folgt[3]:

> "Es gibt Fälle, wo Dolus mit der Culpa bei einer und derselben Handlung zusammentrifft: wenn nämlich ein Verbrecher einen bestimmten rechtswidrigen Erfolg zum Zwecke hat, aus der hierauf gerichteten

---

1) das bemängelt zurecht Seebald Diss. S. 54; kritisch auch Schönke-Schröder § 56 Rdn. 6.
2) Diss. S. 14/15
3) Lehrbuch § 60 S. 116

> Handlung aber ein anderer rechtswidriger Erfolg entstanden ist, welchen er als mögliche Folge seiner Handlung vorhergesehen hat, oder doch vorhersehen konnte. Hier ist Dolus in Ansehung des Zwecks, den er wirklich gewollt hat; Culpa in Ansehung derjenigen Wirkung, welche ohne die Absicht des Handelnden aus seiner auf einen anderen rechtswidrigen Zweck gerichteten Handlung entstanden ist. Man kann also die einer solchen Verletzung zum Grunde liegende Willensbestimmung eine durch Dolus bestimmte Culpa (culpa dolo determinata) nennen. Indirekter Dolus ist nicht denkbar".

Daß Feuerbach hier dem Erfolgsdelikt ein im Verhältnis zum Grunddelikt größeres Gewicht beimißt, ist nicht ersichtlich. Daher ist die Schlußfolgerung Seebalds gerade von der qualifizierten Fahrlässigkeitstat auf die culpa dolo determinata zu eng. Vielmehr fällt jede vorsätzliche Handlung, die durch Fahrlässigkeit qualifiziert ist, darunter. Diese Schuldform Feuerbachs ist im Grunde genommen nichts weiter als eine terminologische Abbrevation für die Beschreibung des unterschiedlichen Schuldgehalts zweier verschiedener Erfolge, denen eine Handlung zugrunde liegt. Von einer daraus resultierenden Klammerwirkung kann nicht gesprochen werden ("der psychologische Tatbestand und ebenso die Veranschlagung der Strafwürdigkeit sind durchaus gleich geblieben"[1]).

Im Gegenteil: aus der Ablehnung des dolus indirectus kann man schließen, daß Feuerbach eine einheitliche Schuldform verneinen will. Das Anliegen des dolus indirectus war es gerade, eine einheitliche Schuldform für den gewollten und den nicht gewollten Erfolg zu finden: im Wollen der Ursache (= Grunddelikt) liege mittelbar (daher indirectus) das Wollen der Wirkung (= Erfolgsdelikt)[2]. Allerdings ist bei Feuerbachs Formulierung "eine durch Dolus bestimmte Culpa" der Ausdruck "bestimmen" unklar und gibt zu Mißverständnissen Anlaß. So stellt der spätere Herausgeber des Feuerbach-

---

1) Löffler S. 218

2) Engelmann S. 105; der dolus indirectus war also eine reine Vorsatzvermutung zur Umgehung prozessualer Beweisschwierigkeiten (vgl. Fischer Diss. S. 9). Er findet sich heute noch in § 1 des österreichischen StG v. 27. 5. 1852: "Böser Vorsatz" liegt auch vor, "wenn aus einer anderen bösen Absicht etwas unternommen, oder unterlassen worden, woraus das Übel, welches dadurch entstanden ist, gemeiniglich erfolgt oder doch leicht erfolgen kann"; zum Teil sogar wörtlich zurückgehend auf § 2 der Constitutio Criminalis Theresiana von 1768.

schen Lehrbuchs, Mittermaier, richtig:

> "Feuerbachs Ausdruck deutete darauf, daß die Culpa durch den Dolus bestimmt worden sei, was irrig ist. Alles kommt darauf an, inwieweit gerechterweise die Folgen einer Handlung Jemandem zugerechnet werden können, und wie weit nach der im einzelnen Falle vorliegenden Handlungsweise der Erfolg als mit beabsichtigt oder doch als vorausgesehen betrachtet werden kann."[1)]

Weit entfernt von der Auffassung der culpa dolo determinata als einheitliche Schuldform wurde sie von der Strafrechtsdogmatik nach Feuerbach sogar meistenteils nach den Regeln der Idealkonkurrenz behandelt[2)]. Auch die Dogmatik des StGB für den Norddeutschen Bund, auf welchem das heutige StGB weithin wörtlich basiert, verwandte den Begriff der culpa dolo determinata keinesfalls im Sinne einer einheitlichen Schuldform. So schreibt etwa Kirchmann[3)], die culpa dolo determinata sei "das Zusammentreffen von Vorsatz und Fahrlässigkeit, wenn an eine vorsätzlich strafbare Handlung sich üble Folgen knüpfen, die der Thäter nicht gewollt hat, aber voraussehen konnte".

c) Demnach hat Seebald zwar recht, wenn er den Begriff der culpa dolo determinata hier anwendet. Gewonnen wird dadurch aber nichts. Die Behauptung von einer einheitlichen Schuldform ist unzutreffend. Abgesehen davon vermag Seebald sein Ergebnis bei der Teilnahme auch nicht zu verwerten.

3. Exklusivität von Vorsatz und Fahrlässigkeit

Nachdem der Versuch, eine Vorsatz und Fahrlässigkeit in sich enthaltende Schuldform zu begründen, gescheitert ist, bleibt nur noch zu erwähnen, daß zwischen beiden nicht etwa ein plus-minus Verhältnis besteht. Die Fahrlässigkeit ist kein Weniger im Vergleich zum Vorsatz[4)], sondern ein

---

1) Note I zu § 60 S. 117
2) vgl. Löffler S. 215, 218 FN 47 mit Nachweisen
3) StGB für den Norddeutschen Bund 1870, S. 63
4) so aber Schneider Diss. S. 54 in Anschluß an H. Mayer Strafrecht AT 1953 S. 244 (differenzierter in Strafrecht AT 1967 S. 116: Fahrlässigkeit sei ein geringerer Grad, Vorsatz ein höherer Grad an Willensherrschaft); vgl. auch Seebald S. 9 f.

aliud[1]. Obgleich die Abgrenzung im Bereich des bedingten Vorsatzes und der bewußten Fahrlässigkeit teilweise umstritten ist[2] und nach richtiger Auffassung die Vorstellung des möglichen Erfolgseintritts, nicht aber das Wollen des Erfolges, gemeinsam ist, sind beide Schuldformen sich ausschließende Gegensätze. Das Nichtwollen des Erfolges läßt sich nicht in das Wissen und Wollen des Erfolges integrieren[3].
Da sich somit keine übergeordneten Gesichtspunkte finden ließen, bleibt nichts anderes übrig, als zu trennen nach der Teilnahme am Vorsatzdelikt und der Teilnahme am Fahrlässigkeitsdelikt. Nicht von vornherein auszuschließen ist dabei das rechtliche Übergewicht eines der beiden Teile. Dies wird im Folgenden zu untersuchen sein.

Abschnitt 2

Getrennte Betrachtungsweise beider Deliktsteile des erfolgsqualifizierten Delikts

A) VORRANG EINES DELIKTSTEILS

I. Präponderanz des Grunddelikts

Nach Ansicht von Koffka[4] und Gosch[5] erreicht man das gewünschte Ziel einer einheitlichen Teilnahmeform, indem man die beim Grunddelikt gegebene Teilnahmeform für das ganze erfolgsqualifizierte Delikt beibehält.

1. So führt Koffka in einem Referat vor der großen Strafrechtskommission (1958) zum Thema der Erfolgsdelikte u.a. aus:

---

1) so Schönke-Schröder § 59 Rdn. 146; Maurach AT § 42 I (S. 452): "verkümmerte, grundsätzlich andere Struktur"; a. A. nur Hall "Fahrlässigkeit im Vorsatz" 1959, S. 58: es sei ein Vorurteil, daß sich Vorsatz und Fahrlässigkeit begriffsnotwendig ausschließen, im Vorsatz sei die Fahrlässigkeit latent enthalten.
2) vgl. näher Baumann § 26 III 2 b (S. 391)
3) dies betont Seebald Diss. S. 9
4) Ndschr S. 239
5) Diss. S. 31 f., 39 f.

Nur das Grunddelikt sei für den Charakter der Straftat als Vorsatz- oder Fahrlässigkeitstat maßgebend. Der Vorsatz des Teilnehmers müsse sich auf die vorsätzliche Begehung des Grunddelikts durch den Haupttäter beziehen. Die innere Beziehung des Haupttäters zum Erfolg spiele für die Beurteilung des Teilnehmers keine Rolle. Er werde wegen Teilnahme am Grunddelikt bestraft. Die Bestrafung aus dem erfolgsqualifizierten Delikt bedeute nur, daß bei ihm Fahrlässigkeit hinsichtlich des Erfolges gegeben sei.

Leider wird hier das, was zu beweisen wäre, nur behauptet. Warum das Grunddelikt Vorrang genießen soll, bleibt offen. Die Begründung zu § 22 E 62 gibt dies dann auch ohne Umschweife zu: "Wie die Regelung für den Teilnehmer in § 22 systematisch zu beurteilen ist, läßt der Entwurf offen."[1] Ob dies allerdings eine "Fortentwicklung" gegenüber § 56 darstellt, wie es in der Begründung einleitend heißt, muß bezweifelt werden.

2. Auch nach Gosch[2] steht das Grunddelikt im Vordergrund.

a) Sie führt dafür mehrere Gründe an:

Zunächst spreche die historische Entwicklung der erfolgsqualifizierten Delikte dafür. Eine andere Betrachtungsweise (etwa die Verlegung des rechtlichen Schwergewichts auf die Folge) sei ein Bruch mit der bisherigen Einordnung der erfolgsqualifizierten Delikte.

Ferner zeige die Systematik des StGB, daß es die Körperverletzung mit Todesfolge als einen schweren Fall der Körperverletzung und nicht der fahrlässigen Tötung ansehe. Zum anderen ermögliche es § 228, bei Körperverletzung mit Todesfolge mildernde Umstände anzunehmen, eine entsprechende Regelung fehle bei der fahrlässigen Tötung. Hieraus sei zu folgern, daß das Gesetz bei einem Geschehensablauf, wie ihn § 226 umschreibe, das rechtliche Übergewicht der Körperverletzung zumesse. Derselben Auffassung sei auch E 62: die schwere Folge werde hier als besonders schwerer Fall des Grunddelikts angesehen.

Aus all dem werden dann die entscheidenden Schlüsse für die Teilnahme wie folgt gezogen[3]:

---

1) Begründung S. 136
2) Diss. S. 39 ff., S. 20
3) Diss. S. 40

"... handelt es sich bei den erfolgsqualifizierten Delikten im Verhältnis zum Grunddelikt, wie der BGH ausgeführt hat (BGH 19, 339), "nicht um einen in jeder Beziehung selbständigen Tatbestand". Die Tötung ist nur ein qualifizierender Umstand oder, wie Schneider (Diss. S. 60) es einmal ausgedrückt hat, "ein Anhängsel" der Körperverletzung. Deshalb ist die rechtliche Beurteilung des Initiators nicht aufzuspalten in Anstiftung zur Körperverletzung und Nebentäterschaft hinsichtlich der Folge, sondern der gesamte von ihm verursachte Geschehensablauf ist ihm als Anstiftungserfolg zuzurechnen. Der unselbständige Charakter der Tötung im Verhältnis zum Grunddelikt ermöglicht eine derartige Beurteilung, ohne daß hierdurch der von der h. M. vertretene Grundsatz, Teilnahme setze eine vorsätzliche Haupttat voraus, durchbrochen wird."
Das Fahrlässigkeitserfordernis des § 56 diene nur zur Haftungsbegrenzung.

b) Die Argumentation Goschs wirkt wesentlich befriedigender als die Koffkas. Zum einen, weil sie nun wirklich nach Gründen für die Rechtfertigung der Präponderanz des Vorsatzdelikts sucht und diese nicht einfach als vorgegeben hinnimmt. Zum anderen, weil die fast gänzliche Vernachlässigung des Fahrlässigkeitsdelikts eine unkomplizierte Lösung bringt: bezüglich der Teilnahme unterscheidet sich die dogmatische Behandlung eigentlich in nichts von den übrigen vorsätzlichen Delikten des StGB.

An diesem Punkt setzen jedoch Bedenken ein. Gehen wir die Reihe der Argumente im einzelnen durch:

aa) Ob die historische Entwicklung der erfolgsqualifizierten Delikte (bis 1871) für die heutige Rechtslage von der Beweiskraft ist, die Gosch ihr zuspricht, erscheint zweifelhaft. Es braucht an dieser Stelle nicht noch einmal der geschichtliche Werdegang der erfolgsqualifizierten Delikte nachgezeichnet werden. Denn selbst wenn man hierin mit Gosch übereinstimmte, würde sich doch die Frage stellen, ob nicht der Gesetzgeber 1953 eben durch die Einführung des § 56 den nach Gosch unzulässigen Bruch in dem bis dahin geschichtlich gewachsenen Verhältnis zwischen Grunddelikt und schwerer Folge herbeigeführt hat. Natürlich dient § 56 der Haftungsbegrenzung. Aber er hatte auch noch andere Auswirkungen, die bei alleiniger Betrachtung des § 56 vielleicht nicht sofort auffallen, nämlich eine völlige Veränderung im Aufbau der erfolgsqualifizierten Delikte: die objektiven Bedingungen der Strafbarkeit[1] wurden zu subjektiven Tatbestandsmerkmalen umgestaltet;

1) vgl. hierzu Fischer Diss. S. 24 ff.

ein unleugbarer gewichtiger Einschnitt in der historischen Entwicklung. Denn die Folge war früher nie schuldbezogen, nur das Grunddelikt. Wird nun aber ein Verschulden verlangt, so erhält das Erfolgsdelikt damit zwangsläufig ein anderes Gewicht als früher. Daher dürfte es unzulässig sein, frühere Wertungsverhältnisse hierher zu übertragen.

bb) Auch der systematischen Stellung einer Vorschrift im StGB kann nicht allzuviel Gewicht beigemessen werden. Die rechtliche Funktion und Behandlung einer Norm ergibt sich in erster Linie aus ihrem Inhalt. Das Argument der Einordnung innerhalb des StGB ist ein rein formales und nur hilfsweise zu berücksichtigen. Denn das StGB selbst ist in seiner Systematik oft unsicher und fehlerhaft (so sind die §§ 143, 361 Ziff. 3 eigentlich im 12. Abschnitt und nicht im 7. bzw. 29. beheimatet[1]; ob Hausfriedensbruch ein Vergehen gegen die öffentliche Ordnung darstellt, muß bezweifelt werden, desgl. Fahrerflucht; § 308 I Teil 1 ist anerkanntermaßen ein Fall der Sachbeschädigung, diese wiederum würde besser in die Gruppe der Eigentumsdelikte des 19. - 20. Abschnitts passen, in welche eigentlich auch der im 27. Abschnitt stehende § 316 a gehört).

Ferner stammt die systematische Zuordnung der erfolgsqualifizierten Delikte zu den jeweiligen Grundtatbeständen aus der Zeit vor Einführung des § 56.

cc) Auch der Hinweis auf § 228 (mildernde Umstände) greift nicht durch. Bei der fahrlässigen Tötung ist eine derartige Regelung überflüssig, weil ein Strafrahmen von 1 Tag bis 5 Jahren Gefängnis zur Verfügung steht, der allen auftretenden Fällen gerecht wird, während die Körperverletzungsdelikte infolge ihrer relativ hohen Mindesstrafen diese Flexibilität nicht aufweisen und die Regelung des § 228 daher sinnvoll erscheint.

dd) Im E 62 sind - wie Gosch richtig ausführt - die meisten erfolgsqualifizierten Delikte in die Kategorie der besonders schweren Fälle eingeordnet. Aber auch, wenn sie hier größtenteils als Regelbeispiele für das Vorliegen eines besonders schweren Falles gedacht sind, so ändert dies nichts daran, daß sie eine tatbestandliche Ausformung mit objektiven und subjektiven Tatbestandsmerkmalen enthalten, sie also ein größeres rechtliches Gewicht

---

1) vgl. z.B. Maurach BT § 49 II J 1 (S. 423)

haben als die "unbenannten" schweren Fälle des StGB. Für die hier vertretene Auffassung dürfte nicht zuletzt auch die Absicht des E 62 sprechen, den Ermessensspielraum des Richters bei der Strafzumessung einzuengen. Die erfolgsqualifizierten Delikte des E 62 können somit nicht in das Feld der Tatfolgenseite des Grunddelikts verwiesen werden, sondern bilden mit ihm zusammen die Voraussetzung für das Eingreifen der Straffolge. Eine völlige Unterordnung unter das Grunddelikt kann daher auch beim E 62 nicht bejaht werden[1].

ee) Ferner dürfte es wohl nicht ganz richtig sein, wie Gosch das Urteil BGH 19, 339 interpretiert und aus ihm den Schluß auf den unselbständigen Charakter der Qualifikation im Vergleich zum Grunddelikt zieht.
Die Gleichsetzung der Behauptung des BGH, das Erfolgsdelikt sei "ein nicht in jeder Beziehung selbständiger Tatbestand" mit der Aussage, es sei ein "nur qualifizierender Umstand", woraus dann im Ergebnis ein bloßes "Anhängsel" wird, kann nicht nachvollzogen werden. Inhaltlich so verschiedene Aussagen lassen sich kaum auf dieselbe Stufe stellen; denn vom in nicht jeder Beziehung selbständigen Tatbestand bis zum bloßen Anhängsel ist es doch ein beträchtlicher Weg, der über geradezu konträre Meinungen führt. Wäre Goschs Auffassung des BGH-Urteils richtig, so hätte der BHG ja auch in seinen weiteren Ausführungen auf ihrer Linie liegen müssen. In Wahrheit vertritt der BGH aber genau die von Gosch bekämpfte Lösung der Anstiftung plus fahrlässigen Nebentäterschaft. Der BGH wollte mit dieser von Gosch aus dem Zusammenhang gerissenen Bemerkung nur zum Ausdruck bringen, daß im strengen Sinne eine Anstiftung zum erfolgsqualifizierten Delikt nicht möglich sei, sondern nur zum Grunddelikt in Verbindung mit fahrlässiger Erfolgstäterschaft. Wäre das Erfolgsdelikt nämlich ein in jeder Beziehung selbständiger Tatbestand, so wäre hierzu auch Anstiftung möglich wie beim Grunddelikt. Der BGH kann für seine Lösung auch zurecht behaupten, dem Grundsatz, daß nur vorsätzliche Anstiftung zu vorsätzlicher Tat möglich sei, treu geblieben zu sein. Bei Gosch hingegen bleibt doch sehr im unklaren, wie das rechtliche auf ein Minimum reduzierte Erfolgsdelikt nun

---

1) vgl. dazu im übrigen die Ausführungen auf S. 4 ff.

eigentlich sich zur Anstiftung verhält. Entweder Gosch nimmt hinsichtlich des vorhandenen Rests des Erfolgsdelikts fahrlässige Anstiftung zur Fahrlässigkeitstat an oder es wird von der Anstiftung "geschluckt". Das erstere entfällt, da sie sich an mehreren Stellen ihrer Arbeit eindeutig dagegen ausspricht. Das zweite ist wohl offenkundig gemeint, wäre aber nur dann richtig, wenn zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit ein plus-minus Verhältnis in dem Sinne vorliegen würde, daß Vorsatz Fahrlässigkeit als ein Weniger in sich enthält. Dies ist, wie oben S. 40 f. dargelegt, nicht haltbar. Sollte diese Vermutung auch nicht zutreffen, so bleibt nur noch die Folgerung übrig, daß Gosch das Erfolgsdelikt einfach unter den Tisch fallen läßt. Damit wäre dann die Rückkehr zur alten Rechtsprechung des RG erreicht, die sich um das Erfolgsdelikt auch nicht weiter kümmerte (aber auch nicht zu kümmern brauchte), außer bei der Strafzumessung. Wenn Gosch trotzdem das Fahrlässigkeitserfordernis des § 56 beibehalten will, so stellt dies in ihrer eigenen Betrachtungsweise einen Fremdkörper dar. Abgesehen von dieser Widersprüchlichkeit setzt sie sich mit besagter BGH-Entscheidung alles in allem in erheblichen Gegensatz, da der BGH der Qualifikation doch immerhin ein recht beachtliches Gewicht zuerkennt, wenn er bezüglich ihrer Täterschaft annimmt.

c) Zieht man das Facit aus den vorangegangenen Überlegungen, so zeigt sich, daß der Gedanke der Präponderanz des Vorsatzdelikts fragwürdig und nur dann zu empfehlen ist, wenn sonst keine besser Lösung gefunden werden kann.

II. Präponderanz der schweren Folge

1. Aus der entgegengesetzten Blickrichtung betrachtet Seebald die erfolgsqualifizierten Delikte, wenn er meint, [1)]

   a) "daß man die erfolgsqualifizierten Delikte auch als Fahrlässigkeitstatbestände ansehen kann, die durch eine vorsätzliche (bzw. durch eine andere fahrlässige) Primärhandlung qualifiziert werden. Diese Auffassung stellt die schuldhaft fahrlässige Verletzung des höheren Rechtsgutes, den letztlich herbeigeführten schweren Erfolg der

---

1) Diss. S. 14/15

Gesamthandlung in den Vordergrund und kommt dann bei der Prüfung dieses Sondertatbestandes der fahrlässigen Erfolgsherbeiführung zu der Feststellung, daß objektiv der weitere Erfolg durch die tatbestandliche Primärhandlung herbeigeführt wird und subjektiv die Finalität des fahrlässigen Täters identisch ist mit dem Vorsatz zur Begehung der Primärhandlung."

b) Bei den Fragen der Teilnahme kommt er zu der Überzeugung[1],

"daß das ganze Problem nur dann befriedigend zu lösen ist, wenn man mit der Teilnahme am erfolgsqualifizierten Delikt nicht verschiedene Beteiligungsformen (vorsätzliche Anstiftung zum Grunddelikt und fahrlässige Täterschaft) kombiniert, sondern die beim Grunddelikt vorliegende Teilnahmeform einheitlich auch hinsichtlich des weiteren Erfolges beibehält, so daß also der Teilnehmer im Hinblick auf den gesamten Deliktstatbestand als Teilnehmer und nicht im weiteren Deliktsteil als Täter bzw. Nebentäter angesehen werden muß. Als Konsequenz dieser Ansicht ergibt sich, daß der Teilnehmer für den fahrlässig herbeigeführten weiteren Erfolg als fahrlässiger Teilnehmer haftet, und somit eine fahrlässige Teilnahme an fahrlässiger Tat vorliegt. Gerade dies halten die oben zitierten Autoren von vornherein für unmöglich, weil es allgemein und deshalb auch bei den erfolgsqualifizierten Delikten eine fahrlässige Teilnahme nicht gebe. Wir glauben, daß damit schon die Weichen falsch gestellt wurden und darin die in der Folge auftretenden Schwierigkeiten ihren Ursprung haben."

c) Die Zulässigkeit der fahrlässigen Teilnahme ergibt sich nach ihm dann direkt aus § 56[2]:

"Die Bestimmung (gemeint: § 22 E 62) läßt offen, in welcher Weise die Haftung begründet werden soll. Insofern ist sie also ebenso wie § 56 der Auslegung weitgehend fähig. Wenn wir davon ausgehen, daß die Teilnehmer am erfolgsqualifizierten Delikt in bezug auf die Herbeiführung des schweren Erfolges ihrem Wesen nach fahrlässige Teilnehmer sind und ihre Haftung auch anders nicht befriedigend erklärt werden kann, so sehen wir keinen durchgreifenden Hinderungsgrund, den § 56 (bzw. den § 22 des Entwurfes 1960) so auszulegen, daß durch diese Bestimmung ausnahmsweise eine fahrlässige Teilnahme an fahrlässiger Tat (als solche) für strafbar erklärt wird, sofern sie auf einem vorsätzlichen Grunddelikt aufbaut ... Ausschlaggebend für die letztliche Befürwortung - allerdings nur im Sinne einer Notlösung - ist für uns die Überzeugung, daß sonst als Ausweg nur eine Gesetzesänderung bleiben würde."

2. Wenden wir uns zunächst seinem Ausgangspunkt, der Bewertung des erfolgsqualifizierten Delikts als qualifiziertem Fahrlässigkeitsdelikt zu.

---

1) S. 56
2) S. 62 f.

a) Der Begriff der qualifizierten Fahrlässigkeit im Zusammenhang mit den erfolgsqualifizierten Delikten ist wohl zum erstenmal von Gallas[1] verwendet worden: Die hohen Strafrahmen ließen sich nur daraus erklären, daß hier eine besondere, qualifizierte Fahrlässigkeit vorliege. Derjenige, der sich vorsätzlich auf das Gebiet der Körperverletzung begebe, müsse im besonderen Maße die Gefahr eines tödlichen Ausgangs ins Auge fassen. Gallas möchte also offensichtlich besondere Anforderungen an die Fahrlässigkeit stellen. Wie das im einzelnen aussehen soll, bleibt unklar. Man wird aber den Verdacht nicht los, daß hier die vorsätzliche Körperverletzung die Fahrlässigkeit indizieren soll. Ein Gedanke, der doch wieder sehr in die Nähe der Theorie des versari in re illicita gerät, die Gallas wenige Sätze später als dem Schuldgedanken widersprechend ablehnt.

b) Im Gegensatz dazu behält Seebald den herkömmlichen Fahrlässigkeitsbegriff bei. Was er ändert, ist die Tatbestandstechnik, d.h. insbesondere den Aufbau der erfolgsqualifizierten Delikte. Grunddelikt ist bei ihm die Fahrlässigkeitstat. Durch Hinzunahme bestimmter Tatbestandsmerkmale entsteht ein neuer Tatbestand, der gegenüber dem vorherigen um das Vorsatzdelikt geschärft (qualifiziert) ist. Eine solche Sicht der Dinge kann nicht a limine als unmöglich abgelehnt werden. Wieso soll es nicht im Bereich der Fahrlässigkeitsdelikte die gleiche Erscheinung geben, wie bei den Qualifizierungen im Bereich der Vorsatztaten. Das Argument, daß hiergegen die systematische Stellung im Gesetz spreche[2], ist wie oben S. 44 nachgewiesen, nur von bedingter Beweiskraft.

Jedoch dürfte der Satz, daß subjektiv die Finalität des fahrlässigen Täters[3] identisch sei mit dem Vorsatz zur Begehung der Primärhandlung für die Begründung seiner These nicht ausreichen. Und zwar deswegen, weil der Finalitätsbegriff des Vorsatzdelikts nicht mit dem des Fahrlässigkeitsdelikts deckungsgleich ist. Das müssen schließlich auch die Vertreter der finalen Handlungslehre einräumen. So schreibt Maurach[4]:

---

1) Ndschr S. 257
2) Gosch Diss. S. 20
3) wobei Seebald den Begriff "fahrlässiger Täter" offensichtlich auf das ganze erfolgsqualifizierte Delikt bezieht, nicht auf die fahrlässige Folge allein beschränkt.
4) AT § 16 I A (S. 135)

> "Das menschliche Verhalten umspannt als Handlung gleichermaßen die Fälle, in denen der steuernde Wille den tatbestandsmäßigen Erfolg vorausnimmt (Vorsatztaten), als auch diejenigen, in denen der Wille auf einen anderen als den vom Täter mangels richtiger Steuerung verursachten tatbestandsmäßigen Erfolg gerichtet ist (Fahrlässigkeitstaten)."

Man sieht: bei Fahrlässigkeitstaten wird der strafrechtliche Erfolg nicht von der Finalität erfaßt. Da aber gerade die Finalität in bezug auf diesen Erfolg und nicht auf irgendeinen sonstigen das entscheidende Moment darstellt, kann eben gerade nicht daraus gefolgert werden, der Handlungsbegriff sei bei vorsätzlichen und fahrlässigen Straftaten der gleiche (so aber Maurach[1]). Finalität bei fahrlässiger Handlung liegt allenfalls insoweit vor, als auch die fahrlässige Handlung irgendwie willensgetragen sein muß, um sich von der Nichthandlung, der bloßen Reflexbewegung, zu unterscheiden. Um dies zu erkennen, bedarf es nicht der finalen Handlungslehre. Eine derartige Finalität wäre, wie Schröder[2] richtig feststellt, dogmatisch wertlos. Dies hatte auch Welzel noch in der 5. Aufl. seines Buchs ohne weiteres zugegeben.[3]

> "Die Gebotsnormen (gemeint Fahrlässigkeitstatbestände) werden verletzt durch die Vornahme einer Handlung, die einen unerwünschten Erfolg (unfinal) verursacht, weil sie das gebotene Mindestmaß an finaler Steuerung nicht eingehalten hat."

Das Fehlen eines Mindestmaßes an finaler Steuerung dem Vorhandensein einer solchen gleichzusetzen, wie Seebald es tut, ist logisch unmöglich; ein Weniger kann nicht ein Mehr in sich enthalten ohne Hinzunahme einer dritten Vergleichsgröße. Im Grunde genommen basiert die Ungleichheit der Finalität eben wiederum auf der Tatsache des absoluten Gegensatzes von Fahrlässigkeit und Vorsatz; sie ist daher eigentlich ganz natürlich. Denn wäre die Fahrlässigkeit in beiden Fällen identisch, so hätte man so etwas wie eine gemeinsame Schuldform gefunden. Eine Gleichheit ließe sich nur konstruieren,

1. wenn Seebald beim fahrlässigen Täter dolus eventualis verlangen würde; dann wäre beide Male ein steuernder Wille bzgl. des tatbestandsmäßigen Erfolges vorhanden;

2. bei den erfolgsqualifizierten Delikten mit fahrlässigem Grunddelikt und fahrlässiger Erfolgsqualifikation (§§ 309, 314). Hier liegt bei bei-

---

1) AT § 42 I A (S. 452)
2) Schönke-Schröder vor § 1 Rdn. 32
3) 1956, § 8 II (S. 31)

den Tatbestandsteilen dieselbe Nichtfinalität bzw. auf einen nicht tatbestandsmäßigen Erfolg gerichtete Finalität vor. Nur hier könnte man von einem qualifizierten Fahrlässigkeitstatbestand sprechen. Doch scheiden beide Normen aus der Betrachtung aus, da sie im Bereich der Teilnahme unproblematisch sind.

3. Ferner hält Seebald seine Meinung auch nicht ganz konsequent durch, wenn er bei der Entscheidung der Teilnahmeform vom Grunddelikt ausgeht. Bejaht man die Präponderanz der schweren Folge, so müßte man auch die Teilnahmeform danach und nicht nach dem Vorsatzdelikt bestimmen. Man würde dann ohne Umweg über das Vorsatzdelikt sofort zur Frage der fahrlässigen Teilnahme an fahrlässiger Tat kommen.

4. Ob letztere Frage nach geltendem Recht bejaht werden kann, dürfte zweifelhaft sein. Die Teilnahmevorschriften des StGB verlangen zumindest auf seiten des Teilnehmers ganz ausdrücklich Vorsatz, d.h. mindestens dolus eventualis ("vorsätzlich bestimmen", "wissentlich Hilfe leisten"). Daraus folgt die grundsätzliche Unzulässigkeit einer fahrlässigen Teilnahme (davon zu unterscheiden ist die vorsätzliche Teilnahme an fahrlässiger Tat, deren Zulässigkeit bestritten ist).
Eine Ausnahme hinsichtlich der erfolgsqualifizierten Delikte ist abzulehnen; denn der einzige hierzu führende (methodisch an sich richtige) Weg über die Auslegung des § 56 erscheint nicht gangbar. Wenn Seebald argumentiert, eigentlich ginge es nicht ohne Gesetzesänderung und dann allein aus der Tatsache, daß eine solche nicht zu erwarten ist, die Notwendigkeit einer derart extensiven Interpretation des § 56 folgert, so heißt das eben doch, daß die lex lata nicht imstande ist, das Problem zu lösen, was auch Seebalds Gesetzesvorschlag zum Ausdruck bringt. Denn würde die von ihm entwikkelte Lösung noch irgendwie in das StGB passen, so bedürfte es keiner Empfehlung zur Gesetzesänderung. Daß sich der Gesetzgeber zur fahrlässigen Teilnahme an fahrlässiger Tat nicht geäußert hat und in der Begründung zu § 22 E 60 bzw. E 62 deutlich zum Ausdruck kommt, die dogmatische Beurteilung werde offen gelassen, ergibt noch keinen Freibrief für unbegrenzte dogmatische Entfaltungsmöglichkeiten. Die Lösung Seebalds läßt sich weder mit der subjektiven Auffassung des damaligen Gesetzgebers, noch mit dem heutigen Sinn des Gesetzes in Einklang bringen. Nach unbestrittener Ansicht

wollte der Gesetzgeber damals nicht festgefügte Grundsätze des Allgemeinen Teils aus den Angeln heben. Auch der E 62 kann an eine solche Lösung nicht gedacht haben: Seebald veröffentlichte seine Vorschläge 1964 und ähnliche Gedanken waren zuvor noch nicht aufgetaucht. Nach heute h. M. ist es - wie gesagt - unmöglich, fahrlässige Teilnahme an fahrlässiger Tat anzunehmen.

5. Somit kann der Gedankenführung Seebalds in wesentlichen Punkten nicht zugestimmt werden. Seine Meinung[1)], nur "wer wie wir die erfolgsqualifizierten Delikte als qualifizierte Fahrlässigkeitstatbestände ansieht, wird die bei ihnen auftauchenden Teilnahmefragen befriedigend lösen können", wirkt nicht überzeugend, denn eben jenen Nachweis hat er nicht erbracht.

B) EIGENSTÄNDIGE BEHANDLUNG VON GRUND- UND ERFOLGSDELIKT

I. Da eine Präponderanz weder im einen noch im anderen Sinne aufgezeigt werden konnte, andererseits sich aber die Notwendigkeit einer getrennten Betrachtungsweise herausgestellt hat, liegt es nahe, beiden Tatbestandsteilen das gleiche rechtliche Gewicht beizumessen. Allerdings ist diese Ausdrucksweise ungenau. Wie groß das rechtliche Gewicht eines Tatbestandes ist, läßt sich absolut nicht feststellen. Maßgebend kann immer nur die seiner Bedeutung entsprechende Behandlung im Vergleich zu anderen Tatbeständen sein. Das heißt für die erfolgsqualifizierten Delikte: Grunddelikt und Erfolgsdelikt sind im Verhältnis zueinander grundsätzlich wie selbständige Delikte zu behandeln. Einschränkungen ergeben sich nur insofern, als spezifische Erfordernisse des erfolgsqualifizierten Delikts als ganzes dies unumgänglich verlangen (siehe dazu im Folgenden II).

---

1) GA 64, 168

II. Vereinbarkeit mit dem erfolgsqualifizierten Delikt als ganzem

1. Gegen die hier vertretene Meinung einer getrennten Behandlung beider Deliktsteile wird von Gosch[1] eingewandt, daß dann der Strafrahmen der erfolgsqualifizierten Delikte, z.B. bei § 226, gleich der Addition der Strafe für vorsätzliche Körperverletzung und fahrlässiger Tötung sein müßte. Da er jedoch wesentlich höher liege, sei die dargelegte Auffassung falsch. Dem ist entgegenzuhalten, daß eine getrennte Betrachtungsweise keinesfalls eine Behandlung nach Grundsätzen der Idealkonkurrenz zur Folge hat. Dann wären die erfolgsqualifizierten Delikte in der Tat besonders Konkurrenzvorschriften, die darüber hinaus mit den bisherigen Konkurrenzregeln in Widerspruch ständen. Das einzige Band, das die mehreren in Idealkonkurrenz zusammentreffenden Delikte verbindet, ist das Vorliegen einer Handlung. Sonstige Gemeinsamkeiten sind in der Regel nicht gegeben. Anders bei den erfolgsqualifizierten Delikten: hier liegt zwar auch nur eine Handlung vor, doch stehen die daraus resultierenden Erfolge in einem engeren inneren Zusammenhang als idealkonkurrierende Delikte.

2. Dieser innere Zusammenhang ist gekennzeichnet durch das Moment der objektiven, im Grunddelikt liegenden Gefährdung hinsichtlich des Eintritts der qualifizierten Folge[2]. Bei den Delikten der Notzucht, Körperverletzung oder Überschwemmung beispielsweise ist die Möglichkeit der Verletzung des Rechtsguts Leben doch sehr viel höher als etwa bei den Eigentums- und Vermögensdelikten. Zwar sind nicht alle Delikte, die in sich die Gefahr des Eintritts einer schweren Folge tragen, vom Gesetzgeber in die Kategorie der erfolgsqualifizierten Delikte aufgenommen worden (vergl. oben S. 15 f.). Daraus läßt sich aber nicht schließen, daß diejenigen, die er aufgenommen hat, das Gefährdungsmoment nicht in sich tragen würden.
Das Merkmal der objektiven Gefährdung als Kennzeichen der erfolgsqualifizierten Delikte ist heute weithin unbestritten[3]. Am besten drückt es viel-

1) Diss. S. 17 f.
2) vgl. dazu die eingehende Darstellung bei Seebald. Diss. S. 15 ff., insb. S. 22 ff.
3) Gosch Diss. S. 25, Kaufmann S. 243, Oehler ZStW 69, 514, Seebald Diss. S. 23, Stree GA 60, 292, Ulsenheimer GA 66, 266

leicht Boldt aus[1], wenn er die fahrlässige rechtswidrige Herbeiführung der Folge als "Aktualisierung der im vorsätzlichen Grunddelikt typisch vorhandenen potentiellen Gefährdung" ansieht (ob dies dann allerdings der geschichtlichen Herkunft der erfolgsqualifizierten Delikte entspricht, wie er und Oehler[2] meinen, scheint durch die sehr eingehende Untersuchung Widmanns[3] in Zweifel gezogen zu sein). Diese Auffassung darf aber nicht dazu verleiten, in den erfolgsqualifizierten Delikten nun deshalb generell Gefährdungsdelikte zu sehen[4] (lediglich diejenigen des 27. Abschnitts sind solche). Auch wenn man einräumen muß, daß es insbesondere bei Verkehrsdelikten oft vom Zufall abhängt, ob der Erfolg eintritt, während die entsprechende Gefahr meist gegeben ist[5], so liegt doch nur beim tatsächlichen Eintritt des Erfolges der Tatbestand eines erfolgsqualifizierten Deliktes vor. Es ist also ein ganz typisches Verletzungsdelikt.
Somit wurde eine innere Brücke gefunden zwischen Grund- und Erfolgsdelikt. Sie ist für die Teilnahme aber nur von indirekter Bedeutung, insofern sie erklärt, warum trotz getrennter Behandlung der beiden Deliktsteile eine einheitliche Bestrafung aus dem erfolgsqualifizierten Delikt zu erfolgen hat.

3. Zu der hier vertretenen Meinung lassen sich vielleicht auch Maurach[6], Welzel[7] und Schönke-Schröder[8] rechnen, die allerdings eine getrennte Behandlung beider Tatbestandsteile nicht expressiv verbis vertreten, sondern nur ziemlich unverbindlich vom "aufgepfropften Deliktserfolg" (Maurach) bzw. von der "Kombination eines vorsätzlichen mit einem fahrlässigen Delikt" (Welzel, Schönke-Schröder) sprechen. Diese Auffassungen werden in der Literatur zum Teil als zu oberflächlich abgelehnt bzw. es wird ihnen unterstellt, den eigentlichen Kern der erfolgsqualifizierten Delikte, die

---

1) ZStW 68, 356
2) ZStW 69, 503 ff.
3) Diss. S. 34-49
4) so aber Kohlrausch-Lange § 56 Anm. III, Oehler ZStW 69, 514; Schneider JZ 56, 753
5) das bemängelt insbesondere Blume NJW 65, 1261
6) AT § 35 V (S. 351)
7) § 13 I 3b (S. 72)
8) § 56 Rdn. 5

Gefährdung, nicht zu sehen[1]. Kaufmann[2] will in der "Aufstockung" (wie die "Aufpfropfung" weithin genannt wird) gar den alten dolus indirectus wiedererblicken. Dafür liegen bei den genannten Autoren keinerlei Anhaltspunkte vor. Über den Verdacht, einer längst überwundenen Schuldform anzuhängen, dürften sie erhaben sein; insbesondere Welzel und Maurach mit ihrer zweiteiligen Lösung (Anstiftung plus Nebentäterschaft). Vielmehr sind die Bezeichungen "aufgepfropft" und "Kombination" dahingehend zu interpretieren, daß damit lediglich die beim erfolgsqualifizierten Delikt auffallende Tatsache des Vorliegens von Vorsatz und Fahrlässigkeit in einem Tatbestand gekennzeichnet und die absolute Präponderanz eines der beiden Tatbestandsteile verneint werden soll.

4. Das Merkmal der objektiven Gefährdung spricht auch dagegen, daß es sich bei den erfolgsqualifizierten Delikten um reine Strafzumessungsvorschriften handelt, ein Gedanke, den vor allem Baumann[3] aufwirft. Er meint dann kritisch weiter, hinter der vordergründigen Beseitigung der Erfolgshaftung durch § 56 stecke in Wahrheit die Tendenz unserer Strafrechtsentwicklung zwischen Straftat und Straffolge in zunehmendem Maße die richterliche oder eine andere (z.B. gutachtliche) Beurteilung einzuschalten. Daraus folge die Forderung nach einer Rückkehr zu den engen Bindungen zwischen Straftat und Rechtsfolge und die Ablehnung eines im Entstehen befindlichen psychotherapeutischen Behandlungsrechts[4]. Man wird diesen Gesichtspunkten - die Frage nach der Berechtigung einer solchen Entwicklung sei dahingestellt - seine Zustimmung nicht versagen können. Doch führt das nicht notwendigerweise dazu, den Charakter der erfolgsqualifizierten Delikte allein in der Strafzumessung zu sehen. Auch der schon wiederholt gegebene Hinweis auf die eigenständige tatbestandliche Ausformung spricht gegen eine solche Betrachtung, sonst müßte man auch den Sinn jeder Qualifikation oder Privilegierung ebenfalls in der Strafzumessung sehen.

---

1) vgl. Boldt ZStW 68, 356; Kaufmann Schuldprinzip S. 243; Mezger LK § 56 Anm. 3
2) Schuldprinzip S. 243
3) ZStW 70, 238
4) Baumann ZStW 70, 238, 236, 244

III. Folgerungen - Lösungsskizze

Da Grund- und Erfolgsdelikt je für sich zu behandeln sind, ist dementsprechend für diese beiden Tatbestandsteile des erfolgsqualifizierten Delikts auch zunächst getrennt zu prüfen, ob Teilnahme vorliegt.

1. Keine Schwierigkeiten ergeben sich hinsichtlich des Grunddelikts. Das Gesetz verlangt hier in der Regel vorsätzliche Begehung. Die Teilnahmevorschriften der §§ 48 ff. sind ohne weiteres anwendbar. (Die beiden Ausnahmen - §§ 309, 314 -, die eine fahrlässige Begehung des Grunddelikts beinhalten, können aus der Betrachtung ausgeklammert werden. Bei ihnen weist das erfolgsqualifizierte Delikt durchgehend eine einheitliche Struktur (Fahrlässigkeit) auf und eine fahrlässige Täterschaft kommt nach dem Gesetz nicht in Frage, allenfalls Nebentäterschaft.) Es werden hier im Verlauf der Untersuchung lediglich die Fälle herausgegriffen, in denen die Rechtswidrigkeit beim Grunddelikt fehlt, mittelbare Täterschaft vorliegt oder Mittäterschaft. Hier wird die Frage auftauchen, ob die Rechtslage beim Grunddelikt überhaupt von Einfluß auf das Erfolgsdelikt ist, was von unserem Standpunkt der getrennten Behandlung beider Deliktsteile aus nur bei Vorliegen besonderer Umstände zu bejahen sein dürfte.

2. Problematischer ist die Behandlung des Erfolgsdelikts. Da § 56 StGB im Gegensatz zu § 22 E 62 beim Teilnehmer "wenigstens" Fahrlässigkeit verlangt, Vorsatz also nicht ausschließt und nach § 50 I eine Bestrafung des Teilnehmers nicht unbedingt von der Schuld des Täters abhängen muß, kann man sich hier nicht mehr allein auf die fahrlässige Erfolgsherbeiführung beschränken. Man hat auch das vorsätzliche und das weder vorsätzliche noch fahrlässige (im nachfolgenden Schema als schuldlos bezeichnete) Handeln einschließlich der verschiedenen Kombinationsmöglichkeiten in die Betrachtung einzubeziehen.
Im unten aufgezeichneten Schema werden die möglichen Schuldvariationen zueinander in Beziehung gesetzt, so daß einfach abzulesen ist, auf Grund welcher dogmatischen Konstruktion die Haftung des Teilnehmers erfolgt.

3. Dabei ist jedoch zu beachten, daß diese Ergebnisse zunächst rein theoretischer Art sind. Es darf noch nicht sofort auf Grund ihres bloßen Vor-

liegens auch schon ihre Zulässigkeit bzw. ihre Übereinstimmung mit dem geltenden Recht gefolgert werden (so wird etwa die fahrlässige Teilnahme an fahrlässiger Tat im großen ganzen als dem StGB fremd bezeichnet und die Möglichkeit der vorsätzlichen Teilnahme an fahrlässiger Tat ist streitig).

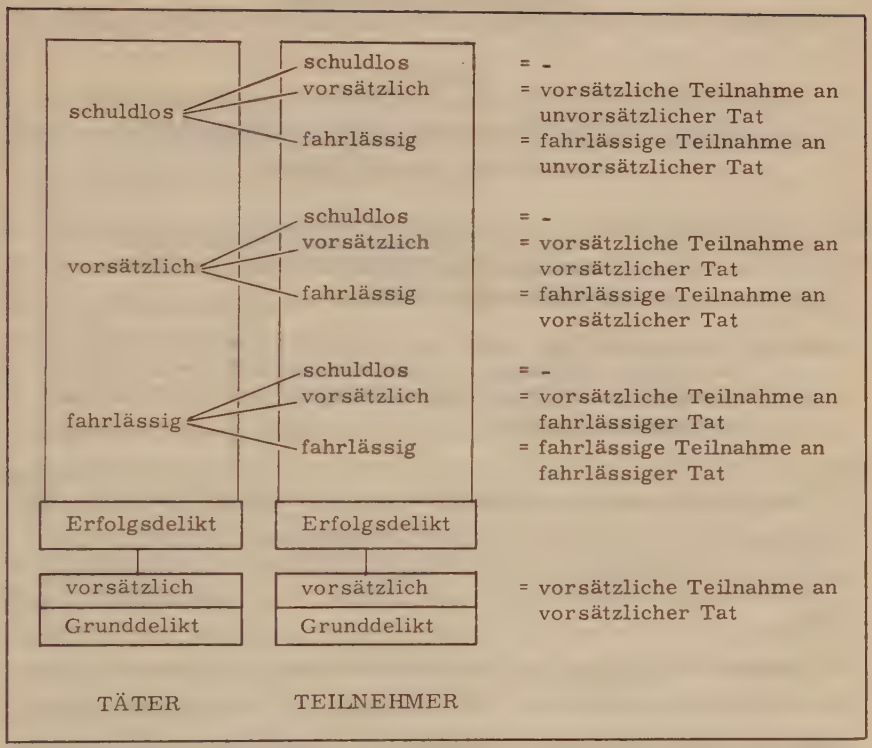
4. Wir haben also bei der Lösung der Fälle mehrere "Stufen" zu unterscheiden:

1) Wie sieht die theoretische Lösung nach dem Schema aus? Diese ist insofern ideal zu nennen, als nach ihr sowohl beim Grund- als auch beim Erfolgsdelikt stets Teilnahme vorliegt und somit ohne weiteres Teilnahme am ganzen erfolgsqualifizierten Delikt angenommen werden kann (die Fälle, in denen der Teilnehmer schuldlos handelt, scheiden aus, da hier nur noch eine Bestrafung aus dem Grunddelikt übrig bleibt).

2) Ist diese Ideallösung mit dem geltenden Recht vereinbar? Wie schon angedeutet, kann eine solche Übereinstimmung nicht unbedingt erwartet werden. Daraus sollte man jedoch nicht schließen, daß eine Bestrafung wegen Teilnahme am erfolgsqualifizierten Delikt entfalle. Das stünde im Gegensatz zu der schon mehrfach betonten Unzulässigkeit einer privilegierenden Behandlung des Teilnehmers im Vergleich zum Täter und würde auch einem unabweisbaren Strafbarkeitsbedürfnis widersprechen. Es ist daher zu fragen:

3) Welche anderen Lösungen kennt das geltende Recht dafür? Daß diese unter Umständen nicht jeder Kritik standhalten, liegt auf der Hand und ergibt sich schon aus ihrem Charakter als Notlösungen. Insbesondere dürfte es nicht ganz einfach sein, auf den ersten Blick sich widersprechende Ergebnisse (etwa verschiedene Beteiligungsformen bei Grund- und Erfolgsdelikt) ohne weiteres unter den Hut des erfolgsqualifizierten Delikts zu bringen:

5. Schema:



6. Wir wollen nun den gefundenen Lösungsweg auf die verschiedenen Fallgruppen anwenden.

3. Kapitel

DIE LÖSUNG DER FÄLLE

Abschnitt 1

Täter und Teilnehmer handeln fahrlässig bezüglich des Erfolges

I. Grundfall: Täter und Teilnehmer handeln vorsätzlich hinsichtlich des Grunddelikts und fahrlässig bezüglich der Folge

Beispiel: A stiftet den T an, den O mit einer schweren Eisenstange bewußtlos zu schlagen, um ihm dann seine Barschaft abzunehmen. O stirbt aber an den Schlägen, was A und T hätten voraussehen können.

1. Der Täter ist aus dem erfolgsqualifizierten Delikt strafbar. Für den Teilnehmer ergibt sich nach unserem Lösungsschema vorsätzliche Anstiftung zur vorsätzlichen Tat + fahrlässige Anstiftung zur fahrlässigen Tat.

a) Gerade letzterer Gesichtspunkt der fahrlässigen Anstiftung wird zum Teil nicht scharf genug erfaßt. Es wird verkannt, daß hier keine vorsätzliche Anstiftung vorliegt und somit nicht der Problemkreis der (vorsätzlichen) Teilnahme an fahrlässiger Tat zur Debatte steht. So untersucht hier Gosch[1] diesen Problemkreis, der wirklich umstritten ist, relativ breit und kommt dann zu dem Ergebnis, daß (vorsätzliche) Teilnahme an fahrlässiger Tat nach geltendem Recht unmöglich ist. Auf die Frage der fahrlässigen Teilnahme geht sie nicht ein.

b) Anders Seebald[2], der klar erkennt, daß fahrlässige Teilnahme an fahrlässiger Tat vorliegt und dies auch eindeutig von der Frage nach der (vorsätzlichen) Teilnahme an fahrlässiger Tat trennt[3].

---

1) Diss. S. 30, 35 f.
2) Diss. S. 56, 62 ff.
3) die er später S. 70 ff. behandelt

2. wie oben schon ausgeführt (S. 50 f.), kann jedoch seiner Ansicht, daß fahrlässige Teilnahme an fahrlässiger Tat nach geltendem Recht zulässig sei (wenigstens bei den erfolgsqualifizierten Delikten), nicht gefolgt werden.

3. Da einerseits die angestrebte Lösung nach dem StGB unmöglich ist, andererseits Einigkeit über die Strafbarkeit des Teilnehmers besteht, ist nach einem gangbaren Ausweg zu suchen.

a) Ansatzpunkt ist wieder das Erfolgsdelikt. Für dessen Begehung durch den Täter hat der Anstifter eine nicht hinwegzudenkende Bedingung gesetzt. Er ist also gewissermaßen als Urheber für den Eintritt der schweren Folge anzusehen.

b) Nun liegt zwar auch der Strafgrund der Anstiftung in der entfernteren Urheberschaft des Erfolgseintritts, doch läßt sich nach dem oben (S. 50) ausgeführten Vorsatzerfordernis der §§ 48 f. der Umkehrschluß nicht ziehen, daß Anstifter bereits ist, wer eine Ursache für eine fremde Tat setzt[1].

In der Literatur wird zuweilen der Begriff der Urheberschaft gerade im Sinne einer Sonder- bzw. Ersatzform für die Teilnahme vertreten[2]. Sie findet aber nur dort Anwendung, wo infolge Vorliegens eines eigenhändigen oder Sonderdelikts mittelbare Täterschaft ausgeschlossen ist. Eine derartige Lücke ist hier nicht gegeben.
Da demnach weder Teilnahme noch Urheberschaft in Frage kommt, bleibt eigentlich nur Täterschaft bzgl. der schweren Folge übrig. Es handelt sich hierbei um Nebentäterschaft des Teilnehmers, da hinsichtlich des schweren Erfolgs kein bewußtes und gewolltes Zusammenwirken mit dem Haupttäter vorlag; andererseits die Anstiftung sich als Bedingung darstellt, die den Erfolg herbeiführte.

4. Letztlich hängt die Annahme der fahrlässigen Nebentäterschaft eng mit dem Täterbegriff beim fahrlässigen Delikt zusammen.

---

1) in diesem Sinne auch BGH 9, 379
2) so Schönke-Schröder vor § 47 Rdn. 115

a) Es frägt sich, ob ein einheitlicher Täterbegriff für Vorsatz- und Fahrlässigkeitsdelikte möglich ist (wie Mezger[1]) behauptet), insbesondere ob die bei den Vorsatzdelikten entwickelten Täterbegriffe sich ohne weiteres auch hier anwenden lassen.

b) Nach dem extensiven Täterbegriff[2]), der von der Äquivalenztheorie ausgeht, ist jeder Täter, der den Erfolg des gesetzlichen Tatbestandes verursacht, es sei denn, er wäre Anstifter oder Gehilfe. Die §§ 48 ff. sind also Strafeinschränkungsgründe. Als Abgrenzungskriterium zwischen Täterschaft und Teilnahme bleibt mangels objektiver Momente nur die innere Willensrichtung der Beteiligten übrig.

c) Beim restriktiven Täterbegriff[3]) führt nicht schon jede beliebige Bedingung für den Deliktserfolg zur Täterschaft. Täter ist nur derjenige, der die im gesetzlichen Tatbestand beschriebene Handlung entweder selbst oder durch ein Werkzeug vornimmt. Anstiftung und Beihilfe müssen daher erst kraft besonderer Bestimmung für strafbar erklärt werden. Die §§ 48 ff. sind also Strafausdehnungsgründe. Man kommt vom Standpunkt dieses Täterbegriffs zu einer mehr auf objektive Gesichtspunkte abgestellten Abgrenzung zwischen Täterschaft und Teilnahme. Dies ist aber keineswegs notwendig, so daß es kein Widerspruch ist, wenn Schröder[4]) einerseits den restriktiven Täterbegriff, andererseits aber die subjektive Abgrenzung vertritt.

d) Für die Frage nach dem Täterbegriff des Fahrlässigkeitsdelikts ist vom Gesetz auszugehen, von der tatbestandsmäßigen Handlung[5]). Im Gegensatz zu vielen Vorsatzdelikten sind bei den hier in Frage stehenden Fahrlässigkeitsdelikten die Handlungsmodalitäten nicht besonders umschrieben. Der Gesetzeswortlaut stellt nur auf das Verursachen der Rechtsgutver-

---

1) LK vor § 47 Anm. 5
2) vertreten von RG 61, 319 f.; 64, 318; 74, 23; BGH 3, 5; Eb. Schmidt "Mittelbare Täterschaft", Frank-Festschrift II, S. 106 ff.; Kohlrausch ZStW 55, 393; Roeder ZStW 69, 223, 238
3) Metzger-Blei StuB I § 69 III (S. 256 f.), § 80 (S. 257 ff.); Maurach AT § 47 III (S. 529 ff.); H. Mayer AT 1953 S. 300; Schönke-Schröder vor § 47 Rdn. 9
4) Schönke-Schröder vor § 47 Rdn. 9, 74
5) so auch Roxin S. 22; Zimmerl ZStW 52, 167, 169

letzung ab. Insofern könnte man also zu einem extensiven Täterbegriff neigen. Jedoch würde die reine Verursachung allein zu einer "kaum vertretbaren Vielstraferei"[1] führen. Die sich schon aus dem Gegensatz von Vorsatz und Fahrlässigkeit ergebenden Unterschiede würden vernachlässigt. Denn der Vorwurf der Fahrlässigkeit trifft den Täter in erster Linie nicht, weil er den Erfolg verursacht hat, sondern weil er in pflichtwidriger Weise nicht diejenige Sorgfalt anwendete, zu welcher er imstande gewesen wäre. Auf die Pflichtverletzung als Kriterium der Täterschaft hat in jüngster Zeit vor allem Roxin[2] hingewiesen. Der Täterbegriff des fahrlässigen Delikts ist somit enger als der extensive. Wer z.B. eine Schußwaffe daheim im Schreibtisch aufbewahrt, ist nicht fahrlässiger Täter im Sinne von § 222, wenn der einbrechende Dieb diese benützt und einen Dritten damit tötet. Es fehlt am pflichtwidrigen Verhalten. Andererseits ist der Täterbegriff weiter als der restriktive. Er behandelt auch die Fälle, in denen auf der entsprechenden Ebene der Vorsatzdelikte typische Teilnahmesituationen gegeben sind, als Täterschaft. Der Dachdecker, der dem anderen rät, die Dachziegel der Bequemlichkeit halber einfach auf die Straße zu werfen und dabei die mögliche Verletzung von Passanten nicht bedenkt, ist Täter und nicht Teilnehmer des fahrlässigen Delikts.

e) Fahrlässige Teilnahme am fahrlässigen Delikt läßt sich von dem so umschriebenen fahrlässigen Täterbegriff nur denken, wenn der Teilnehmer zwar die allgemeine Sorgfaltspflicht außer acht läßt, aber nicht Träger der im Tatbestand umschriebenen spezifischen Pflicht ist[3]. Hat der Teilnehmer aber nicht die spezifische Sorgfaltspflicht verletzt, so hat er auch nicht tatbestandsmäßig gehandelt. Da es kein crimen culpae gibt, ist er nicht strafbar. Teilt man nach Schröder[4] die Fahrlässigkeitsdelikte ein in solche, welche die Verursachung eines bestimmten Erfolges voraussetzen, eigenhändige und Sonderdelikte, so ist fahrlässige Teilnahme im eben bezeichneten Sinne allenfalls bei den beiden letzten Gruppen gegeben. Die im Rahmen der erfolgsqualifizierten Delikte in Betracht kommenden

---

1) Roxin S. 549
2) Roxin S. 527 ff.
3) vgl. Roxin S. 572
4) v. Weber-Festschrift S. 235

Fahrlässigkeitstatbestandsteile sind reine Erfolgsdelikte. Jeder Beteiligte hat die gleiche Pflicht verletzt. Folglich kann hier rechtlich nicht zwischen Täter und Teilnehmer unterschieden werden.

f) Gegen ein solches Ergebnis wendet sich mit Nachdruck Seebald. Er geht vom Begriff der Tatherrschaft aus. Auch die fahrlässige Handlung sei final gesteuert[1]. Sitz der objektiven und subjektiven Tätermerkmale sei der Kern der fahrlässigen Handlung, wo subjektive und objektive Finalität noch übereinstimmten. Schon hier müsse zwischen Täter und Teilnehmer unterschieden werden. Maßgebend sei, in welcher Weise die einzelnen Beteiligten an der zum Erfolg führenden Handlung mitgewirkt hätten[2]. Im einzelnen grenzt er dann Täter und Teilnehmer nach den verschiedenen zu den Vorsatzdelikten entwickelten Teilnahmelehren ab[3]. So spricht er etwa, der subjektiven Theorie folgend, dem fahrlässigen Täter einen animus auctoris, dem Teilnehmer einen animus socii zu[4].

aa) Zunächst ist Seebald zuzugeben, daß sich rein vom tatsächlichen Lebenssachverhalt her genügend Fälle denken lassen, in denen eine den Vorsatzdelikten entsprechende Teilnahmesituation vorliegt. Aber damit wird auch schon die Schwäche in der methodischen Behandlung der fahrlässigen Teilnahme sichtbar. Man versucht, sie in das "Prokrustesbett" der vorsätzlichen Teilnahme zu pressen[5]. Daher ist es auch nicht richtig, bei Fahrlässigkeitsdelikten mit dem Begriff der Tatherrschaft zu arbeiten. Versteht man mit Maurach[6] unter Tatherrschaft das vom Vorsatz umfaßte In-den-Händen-halten des tatbestandsmäßigen Geschehensablaufes[7], so kann diese Formel auf Fahrlässigkeitstaten nicht angewandt werden. Deren Wesen besteht gerade darin, daß der Täter den tatbestandsmäßigen Geschehensablauf eben nicht steuert, da er den tatbestandsmäßigen Erfolg

---

1) Diss. S. 123
2) Diss. S. 124
3) S. 126 ff., 129 f.
4) S. 127
5) vgl. Welzel ZStW 58, 538
6) AT § 47 III B 2b (S. 533)
7) Seebald selbst nimmt nicht Stellung dazu, auf welchen Vertreter des Tatherrschaftsgedankens - vgl. dazu Roxin S. 68 ff. - er sich stützen will.

nicht will. Zwar ist auch die fahrlässige Handlung - wie schon oben S. 49 bemerkt - in gewissem Sinne final, weil willensgetragen, aber es fehlt die Erfolgsbezogenheit. Strafrechtlich relevante Täterschaft und Teilnahme ist aber nur in bezug auf einen strafrechtlich relevanten Erfolg denkbar. Dem hält Seebald[1] vor, hier werde der Begriff der Tatherrschaft mit dem der Tatvollendung verwechselt, es bestehe hier die gleiche Situation wie beim versuchten Delikt. Der Vergleich mit dem versuchten Delikt hinkt. Zwar mag, was den objektiven Teil der Handlung anbelangt, eine vergleichbare Lage unter Umständen vielleicht bestehen, in subjektiver Hinsicht liegt jedoch dieselbe Situation wie beim vollendeten vorsätzlichen Delikt vor. Auch beim Versuch ist der volle Tatentschluß gegeben. Folglich erscheint in diesen beiden Fällen eine Unterscheidung der Beteiligten nach Täter und Teilnehmer sinnvoll. Seebald verkennt letztlich, daß nach der finalen Handlungslehre Tatherrschaft gleichbedeutend ist mit Tätervorsatz.
Auch Roxin wendet sich gegen die Anwendung des Tatherrschaftsbegriffes bei den fahrlässigen Delikten, da "alle Erscheinungsformen der Fahrlässigkeit durch das Pflichtprinzip her bestimmt werden"[2].

bb) Seebald sieht ferner nicht, daß es bei der Frage der fahrlässigen Teilnahme in erster Linie darum geht, Fälle von Teilnahme festzustellen, die nicht unter die fahrlässige Täterschaft fallen; denn solche sind straflos mangels einer den §§ 48 ff. entsprechenden Vorschrift. Daher müßte Seebald die Fälle, bei denen er nicht fahrlässige Täterschaft, sondern Teilnahme annimmt, auch konsequenterweise straflos lassen und dürfte nicht behaupten, "daß eben niemand wegen Teilnahme an einem fahrlässigen Delikt verurteilt werden kann, sondern bei gleichen Voraussetzungen nur wegen Täterschaft"[3]. Damit gibt er nämlich zu, daß der Täterbegriff bei Fahrlässigkeitsdelikten ein anderer sein muß als bei Vorsatzdelikten.

---

1) Diss. S. 123
2) S. 551, 552 ff. Roxin teilt die Tatherrschaft ein in "Handlungsherrschaft", "Willensherrschaft" und "funktionale Tatherrschaft". Die Handlungsherrschaft besteht in der eigenhändig finalen Tatbestandsverwirklichung. Willensherrschaft besteht kraft Nötigung, Irrtums oder kraft organisatorischer Machtapparate. Die funktionelle Tatherrschaft ist die arbeitsteilige Mitwirkung im Ausführungsstadium (vgl. S. 578).
3) Diss. S. 134, ferner auch S. 141

5. Die Frage, die zu lösen noch übrig bleibt, ist: wie gelangt man von dem hier vertretenen Ergebnis (Anstiftung plus fahrlässige Nebentäterschaft) zur Bestrafung aus dem erfolgsqualifizierten Delikt als ganzem?
Man wird zunächst geneigt sein, zu sagen, zwei so verschiedene Beteiligungsformen ließen sich nicht vereinen, um daraus dann zu folgern, die getrennte Betrachtungsweise führe konsequent zur Auflösung der erfolgsqualifizierten Delikte.

a) Die Schwierigkeiten können jedoch überwunden werden, wenn man trotz getrennter Behandlung von Grund- und Erfolgsdelikt die oben (S. 52 ff.) genannten spezifischen Erfordernisse, welche sich aus dem erfolgsqualifizierten Delikt als ganzem ergeben, berücksichtigt. Dazu zählt vor allem das Moment der objektiven Gefährdung für den Eintritt der schweren Folge, welche das Grunddelikt beinhaltet. Anstiftung und Nebentäterschaft sind durch eine Handlung verklammert. In der Anstiftung liegt gleichzeitig die causa für die Nebentäterschaft und darin, daß der Beteiligte die schwere Folge nicht in Rechnung stellt, steckt der Vorwurf der Fahrlässigkeit. Diese enge innere Verbindung ist es auch, welche beide Deliktsteile über ein bloßes Konkurrenzverhältnis zueinander hinaushebt.
Ferner ist zu berücksichtigen, daß wir oben (S. 27) davon ausgegangen sind, daß die Handlung des Teilnehmers diesem im Rahmen des ganzen erfolgsqualifizierten Delikts zugerechnet wird. Das stellt keine petitio principii dar, sondern es soll hier nur nochmals auf Ausgangspunkt und Ziel der Untersuchung verwiesen werden: eine annehmbare Innenkonstruktion im vorgegebenen Rahmen des erfolgsqualifizierten Delikts für die Probleme der Teilnahme zu finden. Beide Deliktsteile gehören also zusammen. Die Bestrafung erfolgt aus dem erfolgsqualifizierten Delikt als ganzem.

b) Dieser Ansicht sind im Ergebnis auch Baumann[1], Gallas[2], Maurach[3], Welzel[4] und Oehler[5]: die dogmatischen Schwierigkeiten ließen sich nur

---

1) § 37 I 3c (S. 580)
2) Ndschr. S. 259
3) AT § 51 III B 1 (S. 584/5)
4) § 16 V 5 (S. 122)
5) GA 54, 38

durch die Annahme von Anstiftung zum Grunddelikt plus fahrlässiger Nebentäterschaft mit Bestrafung aus dem erfolgsqualifizierten Delikt überwinden[1].

Aber lediglich Oehler[2] unternimmt es, eine nähere Begründung dafür zu liefern:

> "Daß sich Anstiftung zum Grunddelikt und Nebentäterschaft bezüglich des Erfolges hier zu einem erfolgsqualifizierten Delikt addieren, ist dogmatisch zu rechtfertigen. Die Strafschärfung der erfolgsqualifizierten Delikte soll alle die Täter und Teilnehmer erfassen, die mindestens fahrlässig den Erfolg herbeigeführt haben. Die seltsame Zusammensetzung der Delikte aus einem vorsätzlichen und mindestens fahrlässigen Teil bedingt jeweils unter Umständen eine Verbindung von verscheidenen Täterschafts- und Teilnahmeformen, weil diese ganz und gar davon abhängig sind, wie die Beteiligten tätig sind. Als Grundsatz für die erfolgsqualifizierten Delikte muß gelten, daß die fahrlässige Erfolgsherbeiführung auf jeden Fall, je nachdem bei wem sie gegeben ist, dem Täter oder Teilnehmer im Rahmen des ganzen erfolgsqualifizierten Delikts zugerechnet werden muß. So ergibt Anstiftung plus Nebentäterschaft eine Bestrafung aus dem erfolgsqualifizierten Delikt."

Was den Schuldspruch im Urteil anlangt, so meint er[3]:

> "Aus dem Tenor muß dieser zweiteilige Grund der Bestrafung hervorgehen, weil eine bloße Bestrafung wegen Anstiftung den Anschein erweckt, als habe sich die Anstiftung auf ein durchgehend vorsätzlich begangenes Delikt bezogen."

Entgegen Ohelers letzterer Ansicht erscheint es allerdings nicht erforderlich, diese Zweiteiligkeit auch in den Tenor aufzunehmen. Die Bestrafung wegen Teilnahme am erfolgsqualifizierten Delikt erweckt durchaus nicht den Eindruck, als habe sich die Anstiftung auf ein durchgehend vorsätzlich begangenes Delikt bezogen. Vielmehr ist als "Regelfall" des erfolgsqualifizierten Delikts eher die fahrlässige Erfolgsherbeiführung anzusehen. Außerdem verlangt auch die äußere Geschlossenheit des erfolgsqualifizierten Delikts eine entsprechende Berücksichtigung bei der Tenorierung (es sei hier schon auf den später bei der Behandlung der Konkurrenzfragen S. 107 gebrachten Vorschlag verwiesen: Verurteilung z.B. wegen Anstiftung zur Notzucht mit fahrlässiger Todesfolge (§§ 178, 48).

---

1) im Ergebnis so auch Schneider Diss. S. 64/5; die Meinung Goschs Diss. S. 30, wonach Maurach, Welzel u. Gallas hier Tateinheit annehmen, ist falsch.
2) GA 54, 38
3) aaO (einige Zeilen vorher)

c) Können somit beide Deliktsteile trotz verschiedener Beteiligungsformen zum erfolgsqualifizierten Delikt zusammengefaßt werden, so steht noch offen, welche Beteiligungsform für die Gesamtcharakterisierung den Ausschlag geben soll. Diese Frage spielt insbesondere im Rahmen der Beihilfe wegen der dort im Gegensatz zur Anstiftung möglichen Strafmilderung (§ 49 II) eine Rolle.
Es empfiehlt sich, hierbei auf die Willensrichtung abzustellen. Ein Wille, und zwar ein animus socii, liegt nur bzgl. der Beteiligung am Grunddelikt vor, während bei der fahrlässigen Folge weder ein animus socii noch auctoris festzustellen ist. Da die Frage, ob Teilnahme oder Täterschaft angenommen werden soll, - folgt man der subjektiven Teilnahmetheorie - nur subjektiv beurteilt wird und man bei der Suche nach subjektiven Elementen im erfolgsqualifizierten Delikt nur solche der Teilnahme findet, nicht hingegen der Täterschaft, so bleibt für die Gesamtcharakterisierung nur Teilnahme übrig.

d) Auch vom E 62 wird die vorliegende Lösung nicht für unmöglich gehalten, wenn bei der Begründung zu § 62 E 62[1] unter anderem ausgeführt wird, es bleibe offen, ob sich Anstifter und Gehilfe nur der Teilnahme an der vorsätzlichen Tat des Täters im übrigen aber gleichzeitig einer eigenen fahrlässigen Tat hinsichtlich des besonderen Erfolges schuldig machen. Da § 22 E 62 keine ins Gewicht fallende Änderung der Rechtslage im Vergleich zu § 56 bringt und unsere Lösung als mit § 22 E 62 vereinbar anzusehen ist, so könne ihr auch nach geltendem Recht keine schwerwiegenden Bedenken entgegenstehen. Eine Festlegung auf unsere Lösung erfolgte nicht, um eventuell besseren Vorschlägen nicht den Weg zu verbauen. Ob solche vorhanden sind, wird im Folgenden zu untersuchen sein.

6. Die von Oehler vertretene Ansicht stieß auf zum Teil heftige Ablehnung, da es unmöglich sei, zwei so verschiedene Beteiligungsformen wie Teilnahme und Täterschaft zu einer Einheit zusammenzufassen.
Betrachten wir diese Kritik im einzelnen:

---

1) S. 14

a) Schwerwiegende Bedenken gegen Oehler bringt Nagel in seiner Dissertation vor[1]:

> "Der Gesetzgeber hat die Ergebnisse, die sich nach obigem aus der Dogmatik ergeben (gemeint ist die Auffassung Oehlers), nicht gewollt und auch nicht geahnt.. Es liegt nahe, daß sich der Gesetzgeber vorgestellt hat, mit der Bestimmung des § 56 zu erreichen, daß alle Fälle, in denen bisher die schuldlose Herbeiführung des Erfolges qualifiziert bestraft wurde, beseitigt werden, daß er sich aber nicht vorstellte und es auch nicht wollte, daß die Qualifizierung noch für weitere Fälle beseitigt wird. Dieser offensichtliche Wille des Gesetzgebers muß aber einem zufällig entstandenen dogmatischen Ergebnis vorgehen. Der § 56 ist also insoweit zu lesen, daß die dort genannten Qualifikationen bei dem Teilnehmer zum Grunddelikt anzuwenden sind, der die dort vorausgesetzte innere Beziehung zum weiteren Erfolg hat.. Der Schuldausspruch .. hat also auf Anstiftung zum erfolgsqualifizierten Delikt zu lauten. Man muß sich nur darüber im klaren sein daß darunter auch nach dem Willen des Gesetzgebers Fälle fallen, die nach der Strafrechtsdogmatik keine echten Fälle der Anstiftung zum erfolgsqualifizierten Delikt sind."

aa) Zuzugeben ist Nagel, daß der Gesetzgeber an den Fall der Teilnahme nicht gedacht hat bzw. ihn nicht erwähnenswert fand, und deshalb Ergebnisse, wie Oehler sie bringt, logischerweise auch nicht ahnen konnte. Daraus darf aber keinesfalls der Schluß gezogen werden, daß er solche Ergebnisse auch nicht gewollt hat. Dafür fehlt jeglicher Anhaltspunkt. Sonst könnte man mit derselben Berechtigung auch umgekehrt argumentieren: aus dem Schweigen des Gesetzgebers folge, daß er der Strafrechtsdogmatik ein weites "Tummelfeld" zur Verfügung gestellt habe und eine Lösung im Oehlerschen Sinne daher durchaus billige. Selbst wenn der Gesetzgeber um die Problematik der Teilnahme gewußt hätte, wäre es zweifelhaft, daß er sich dazu geäußert hätte. So hat der Reformgesetzgeber im E 62 die Schwierigkeiten deutlich erkannt, eine Antwort aber nicht gegeben. Er erwähnt - und darauf ist in diesem Zusammenhang besonders abzustellen - ausdrücklich die Ansicht Oehlers[2], läßt sie aber dahingestellt. Vorsichtig formuliert dürfte sich doch soviel sagen lassen: wenn nach Einführung bzw. Änderung einer Strafrechtsbestimmung Fragen auftauchen, die der Gesetzgeber nicht beantwortet hat oder beantworten wollte, so wird man der Dogmatik nicht das

---

1) S. 128 f.
2) Begründung zu § 22 E 62, S. 136

Recht abstreiten können, sich damit auseinanderzusetzen, und man wird gefundene Lösungen nur dann verwerfen können, wenn es bessere gibt, oder wenn sie mit dem übrigen System des StGB unvereinbar sind.

bb) Diesen Nachweis hat Nagel jedoch nicht erbracht. Seine Ansicht, der § 56 sei so zu interpretieren, daß beim Teilnehmer Fahrlässigkeit bezüglich des weiteren Erfolges vorliegen müsse, wird grundsätzlich[1] nicht bestritten, auch nicht von Oehler. Sie führt aber nicht weiter. Eine Lösung jedoch, die sich darüber Gedanken macht, kann man dann nicht als zufällig entstandenes dogmatisches Ergebnis beiseite schieben unter Berufung auf einen gesetzgeberischen Willen, der sich hierzu nicht äußert.

Nagel verwirft die Lösung Oehlers als verbotene schlechterstellende Analogie:[2]

> "... wenn man zu dem Ergebnis kommt, daß hier eine Anstiftung zum Grunddelikt in Tateinheit mit einem fahrlässigen auf den qualifizierenden Erfolg gerichteten Delikt vorliegt und man dies sogar im Urteilstenor ausdrücken möchte, dann darf man die Strafe für dieses Delikt nicht aus einer ganz anderen Strafdrohung herholen."

Offensichtlich sieht er hierin auch die vom Gesetzgeber nicht gewollte Beseitigung der Qualifizierung weiterer Fälle (vgl. erstes Zitat, vorhergehende Seite). Das beruht auf einem Mißverstehen Oehlers. Dieser erwähnt nirgends daß die Anstiftung zum Grunddelikt in Tateinheit mit der fahrlässigen Nebentäterschaft stehe. Im Gegenteil:[3]

> "Den Anstifter aber nur wegen Anstiftung zum Grunddelikt, z.B. zu § 223 ... und wegen fahrlässiger Herbeiführung des Erfolges als selbständiges Delikt, z.B. § 222, zu bestrafen, würde gerade dem Sinn der erfolgsqualifizierten Delikte, hier des § 226, mit ihrer Strafschärfung widersprechen. Der Anstifter muß wegen Anstiftung zum Grunddelikt bestraft werden ... und wegen des durch sein Handeln fahrlässig herbeigeführten qualifizierten Erfolges, im ganzen also aus dem qualifizierten Delikt ..."

Worum es Oehler geht, - und was an dieser Stelle nochmals deutlich gemacht werden muß - ist, die "Innenkonstruktion" bei der Teilnahme am erfolgsqualifizierten Delikt aufzudecken, welche - begnügt man sich mit dem Fahr-

---

1) mit Ausnahme derjeniger, die hier dolus eventualis verlangen, vgl. S. 34 ff.

2) Diss. S. 128, 129

3) GA 54, 37 f.

lässigkeitserfordernis als hinreichende Begründung - einfach übertüncht wird. Von einer verbotenen Analogie kann hier nicht gesprochen werden. Weder beinhaltet die Ansicht Oehlers eine unzulässige Tatbestandserweiterung (vgl. § 2 I) noch eine Verschärfung der Straffolgen (vgl. § 2 II)[1].

cc) Inkonsequent verfährt Nagel schließlich im Falle der Beihilfe. Hier vertritt er genau die von ihm zuvor als verbotene Analogie bekämpfte (und mißverstandene) Ansicht Oehlers, wenn er ausführt[2]:

> "... liegt dogmatisch beim Gehilfen Beihilfe zum Grunddelikt in Tateinheit mit einer fahrlässigen Täterschaft bezüglich des fahrlässig herbeigeführten Erfolges vor. Der Gehilfe ist aber aus Beihilfe (§ 49) in Verbindung mit dem erfolgsqualifizierten Delikt zu bestrafen";

(und das, obwohl er einige Zeilen vorher meint: "entsprechend den Fällen der Anstiftung sind auch die Fälle der Beihilfe zu entscheiden").

Die Auffassung Nagels wirkt daher nicht überzeugend und vermag weder neue Gesichtspunkte beizutragen, noch die Lösung Oehlers als falsch darzustellen.

b) Seebald ist mit dem Vorschlag Oehlers ebenfalls nicht einverstanden[3]:

> "Es widerstrebt einer natürlichen Betrachtungsweise, verschiedenartige Beteiligungsformen an ein und derselben Handlung für ein und denselben Beteiligten zu kombinieren. Wie sollte man begründen können, daß der Anstifter zur Körperverletzung sich zum Täter der fahrlässigen Tötung verwandelt, wenn etwa der Verletzte nach zwei Tagen im Krankenhaus stirbt, daß er jedoch Anstifter bleibt, wenn der Verletzte durch die Kunst des Arztes gerettet wird? Die Anstifterhandlung des Anstifters und die Ausführungshandlung des Täters verändern sich doch nicht. Deshalb kann es auch keinen Grund geben, die Beteiligungsformen zu ändern ..."

aa) Unbestrittenermaßen ist im geltenden Recht der weitere Ablauf der vom Handelnden in Gang gesetzten Ursachenkette von Einfluß auf die materiellrechtliche Beurteilung. Warum soll dies für die Teilnahme nicht auch gelten? Die Handlung des Teilnehmers ändert sich - wie Seebald richtig feststellt - nicht. Er übersieht jedoch, daß in dieser Handlung schon die potentiellen Täterschaft steckt (Verursachung und Fahrlässigkeit) und letztere ist zwangsläufig erfolgsbezogen. Daß der Erfolgseintritt dabei sehr oft vom

---

1) vgl. dazu näher Schönke-Schröder § 2 Rdn. 8 ff.
2) Diss. S. 132 f.
3) Diss. S. 51; ebenso Lüderssen S. 202 FN 282

Zufall abhängt bzw. von Faktoren, auf die der Täter keinen Einfluß hat, mag sehr unbefriedigend sein, zumal die Gefahr des Erfolgseintritts hier oft gleich groß sein wird. Seebalds Kritik richtet sich daher weniger gegen die Ansicht Oehlers als gegen die Struktur der erfolgsqualifizierten Delikte als Erfolgsdelikte. Wären sie vom Gesetzgeber als Gefährdungsdelikte konstruiert, so könnte man Zufallsmomente, wie die glückliche Handlung des Arztes, aus dem Spiel lassen. Ferner drückt sich Seebald ungenau aus, wenn er meint, der Anstifter wandle sich in einen Täter um. Richtig gesehen tritt zur Anstiftung die Täterschaft hinzu und jene wird auch nicht von dieser "geschluckt"; denn die Regel, daß beim Zusammentreffen mehrere Beteiligungsformen an ein und derselben Straftat die Täterschaft der Teilnahme vorgeht[1], bezieht sich nur auf schuldgleiche Beteiligungsformen, d.h. nach geltendem Recht nur auf vorsätzliche. Da die Fahrlässigkeit aber im Verhältnis zum Vorsatz ein aliud darstellt, kann die fahrlässige Täterschaft gegenüber vorsätzlicher Teilnahme nie die stärkere Beteiligungsform sein (schon deshalb nicht, weil der Strafrahmen für die vorsätzliche Teilnahme in der Regel höher ist als der für die entsprechende fahrlässige Täterschaft und der Vorrang der fahrlässigen Täterschaft dann eine unzulässige Privilegierung des Teilnehmers wäre).

bb) Im übrigen ist noch darauf hinzuweisen, daß für Seebald praktisch auch nur das Ergebnis Ohelers übriggeblieben wäre, wenn er sich nicht zu einer sehr extensiven Auslegung des § 56 durchgerungen hätte, bei welcher ihm selbst offensichtlich nicht ganz wohl ist ("erhebliche tatbestandliche Unebenheiten"[2]). Verneint man nämlich die Möglichkeit fahrlässiger Teilnahme, so bliebt nur fahrlässige Täterschaft übrig. Das hätte dann infolge der Präponderanz des Fahrlässigkeitsdelikts (wie sie Seebald vertritt) zu der Frage geführt, ob der vorsätzlichen Anstiftung die fahrlässige Täterschaft vorgeht, was - wie eben festgestellt - gleichfalls zu verneinen gewesen wäre. Somit hätte sich nolens volens nur noch Oehlers Auffassung angeboten.

cc) Letztlich stimmen wir aber mit Seebald insoweit überein, als auch er hier an sich fahrlässige Teilnahme an fahrlässiger Tat für gegeben hält.

---

1) stillschweigende Subsidiarität, vgl. unten S. 110/11
2) Diss. S. 62

Differenzen bestehen nur hinsichtlich der Notlösung. Seebalds Argumentation: weil das Ergebnis so aussieht, muß § 56 eben entsprechend interpretiert werden, kann aus den genannten Gründen nicht gefolgt werden. Sie ist daher kein durchgreifender Hinderungsgrund, welcher der Lösung Oehlers entgegenstehen könnte. Diese mag zwar ungewohnt anmuten und einer natürlichen Betrachtungsweise vermeintlich widersprechen. Aber zum einen ist ein solcher Maßstab immer eine etwas konturenlose und oft subjektiv gefärbte Angelegenheit und zum andern liegt der eigentliche Grund für die befürwortete Lösung im fremdartigen Aufbau der erfolgsqualifizierten Delikte.

c) Ablehnend gegenüber Oehlers äußert sich auch Schröder:

> "Die abweichende Meinung Oehlers, der Anstiftung zu § 223 und Täterschaft von § 222 annimmt und beide zur Täterschaft von § 226 verbindet, kann nicht überzeugen, da das Grunddelikt logischer Bestandteil des erfolgsqualifizierten Delikts, dieses aber vom Anstifter nicht als Täter begangen worden ist und zudem der "Erfolg" als solcher z. T. in fahrlässiger Täterschaft nicht herbeigeführt werden kann (wie in § 224). Beim analogen Fall der Beihilfe würde überdies die Bestrafung des Gehilfen wegen Täterschaft die Möglichkeit der Strafherabsetzung beseitigen. Die konstruktiven Bedenken ..., daß hier eine fahrlässige Anstiftung bestraft werde, überzeugen nicht; die Haftung erfolgt auf Grund der Akzessorietät, nur daß sich für den Anstifter ebenso wie beim Täter verschiedene Schuldformen hinsichtlich der einzelnen Tatteile ergeben"[1].

aa) Offensichtlich hat Schröder, die Ausführungen Oehlers mißverstanden. Dieser erwähnt nirgends, daß er Anstiftung und fahrlässige Nebentäterschaft zur Täterschaft nach dem erfolgsqualifizierten Delikt verbinden wolle. Vielmehr heißt es im Falle der Anstiftung einfach, die Bestrafung erfolge aus dem erfolgsqualifizierten Delikt[2]. Erst in einem späteren Abschnitt beim Problem der Strafmilderung für den Gehilfen erklärt sich Oehler näher[3]:

> "... da die Strafe auf ein erfolgsqualifiziertes Delikt eine einheitliche ist, ... so muß die ganze Strafe aus der Beihilfe gebildet werden, obwohl die Milderung eigentlich nur für die Beihilfe aus dem Vorsatzteil in Frage käme."

---

1) Schönke-Schröder § 56 Rdn. 6

2) Eine Festlegung auf die Beteiligungsform wäre bei der Anstiftung auch nicht unbedingt erforderlich, da der Strafrahmen der gleiche wie bei der Täterschaft ist (das übersieht Gosch Diss. S. 32).

3) GA 54, 41

Daraus folgt, daß Oehler den Gehilfen hinsichtlich des ganzen Delikts als Teilnehmer betrachtet, auch wenn er es nicht expressiv verbis darlegt. Seine Bemerkung, "Anstiftung bzgl. des ganzen Delikts liegt nach § 48 nicht vor ..."[1], bezieht sich lediglich auf die Verneinung der Möglichkeit einer Anstiftung zur Fahrlässigkeitstat. Auch die übrigen Autoren, welche der Meinung Oehlers beipflichten, sehen den Anstifter als Teilnehmer und nicht als Täter[2].

bb) Somit stimmen sowohl Oehler als auch diese Arbeit mit Schröder in der Feststellung überein, daß das Grunddelikt logischer Bestandteil des erfolgsqualifizierten Delikts ist und der Teilnehmer in bezug auf jenes auch Teilnehmer bleibt und nicht zum Täter wird[3].

Daher ist es auch richtig, einerseits fahrlässige Anstiftung abzulehnen, andererseits den Grund für die Haftung in der Akzessorietät zu erblicken. Leider führt Schröder nicht näher aus, wie diese Akzessorietät hinsichtlich der verschiedenen Tatteile mit differierenden Schuldformen nun im einzelnen aussieht. Eben das sucht Oehler jedoch zu klären. Er arbeitet nur dort weiter, wo Schröder stehen bleibt. Der Ausgangspunkt ist daher im Grunde genommen bei beiden der gleiche.

cc) Insgesamt gesehen ist die Ansicht Schröders relativ zurückhaltend und vorsichtig formuliert. Gerade mit dem Problem der fahrlässigen Anstiftung wird eine Auseinandersetzung vermieden, obwohl bedacht werden muß, daß nur die Konstruktion der fahrlässigen Nebentäterschaft übrig bleibt, wenn man fahrlässige Teilnahme ablehnt[4].

---

1) GA 54, 38

2) So bringt etwa Welzel § 16 V 5 (S. 122) die Trennung zwischen Täter und Teilnehmer deutlich zum Ausdruck, wenn er meint: "Die sog. Anstiftung zu § 226 ist sachlich eine Kombination von (vorsätzlicher) Anstiftung zu § 223 mit fahrlässiger (Neben-)Täterschaft hinsichtlich des qualifizierenden Todeserfolgs (§ 222), wie ja auch die Täterschaft zu § 226 nichts anderes ist als eine Kombination von vorsätzlicher Körperverletzung mit fahrlässiger Tötung."

3) Zu Schröders Formulierung, der Erfolg als solcher könne z.T. in fahrlässiger Täterschaft nicht herbeigeführt werden wie in § 224, wäre allerdings zu überlegen, ob diese nicht über § 230 angenommen werden kann (die schwere Folge als solche stellt sich ja neben dem Grunddelikt ebenfalls als Körperverletzung dar). Bei § 239 II (1. Fall) ist ihm dagegen von seinem Standpunkt aus zuzustimmen.

4) so auch Schönke-Schröder andeutungsweise in § 47 Rdn. 19, § 48 Rdn. 9

d) Der BGH bemerkt in seiner Entscheidung vom 3. 6. 1964:

> "Insbesondere besteht kein Anlaß zu Sonderkonstruktionen. Der Vorschlag von Oehler ..., die Anstiftung zum Raub und die Täterschaft nach § 222 zu Täterschaft nach § 251 StGB zu verbinden, müßte bei der Beihilfe zur Versagung der Strafmilderung führen, ein Ergebnis, das angesichts der hohen Mindeststrafe des § 251 StGB besonders bedenklich wäre"[1].

aa) Zunächst liegt hier das gleiche Mißverständnis wie bei Schröder vor. Auch Oehler kommt insgesamt zur Teilnahme am erfolgsqualifizierten Delikt.

bb) Ferner wirkt es nicht überzeugend, die Verbindung von Anstiftung und farhlässiger Nebentäterschaft als "Sonderkonstruktion" abzuqualifizieren, um sie schließlich als eigene Lösung anzubieten. Der BGH meint nämlich:

> "daß es sich bei den erfolgsqualifizierten Delikten im Verhältnis zum Grunddelikt nicht um einen in jeder Beziehung selbständigen Tatbestand handelt und daß es im strengen Sinne keine "Anstiftung zum besonders schweren Raub" gibt. Der Sache nach liegt Anstiftung zum Raub oder zum schweren Raub in Verbindung mit fahrlässiger Tötung vor. § 251 StGB qualifiziert diese Verbindung seinem Wortlaut nach nur beim Täter; es ist aber kein zwingender Grund ersichtlich, eine solche Verbindung beim Teilnehmer zu verneinen.. Der Grundsatz, daß nur vorsätzliche Anstiftung zur vorsätzlichen Tat möglich ist, wird dadurch nicht angetastet"[2].

cc) Dem gleichen Fehler verfällt auch Cramer, wenn er vorsätzliche Teilnahme und fahrlässige Nebentäterschaft (übrigens unter Berufung auf Welzel) annimmt und gleichzeitig die Ablehnung Oehlers durch den BGH begrüßt[3].

7. Wir kommen zu dem Ergebnis, daß keine gewichtigen Gründe gegen die hier und von Oehler vertretene Ansicht sprechen. Die Konstruktion der Teilnahme am erfolgsqualifizierten Delikt aus vorsätzlicher Teilnahme am Grunddelikt und fahrlässiger (Neben-)Täterschaft bezüglich des Erfolges stellt die nach geltendem Recht wohl bestmögliche Lösung dar. Auf eine Zulässigkeit der fahrlässigen Teilnahme an fahrlässiger Tat de lege ferenda kann nicht gehofft werden. Dafür besteht auch kein Bedürfnis. Und nur um dogmatisch ganz einwandfreie Lösungen zu ermöglichen, wären tiefgreifende

---

1) BGH 19, 339 ff., 342
2) BGH 19, 341/2
3) JZ 65, 31 (Besprechung der genannten BGH-Entscheidung)

Neuerungen einer wirklich nicht brennenden Frage (der BGH hat sich bisher erst einmal damit beschäftigt) nicht empfehlenswert.

II. Keine Rechtswidrigkeit bezüglich des Grunddelikts bei einem Beteiligten, bei beiden aber Fahrlässigkeit bezüglich des Erfolges

Beispiel: Zwischen T und O kommt es während einer Zechtour zu Streit mit gegenseitigen Beleidigungen. A, der O nicht leiden kann, schlägt dem T vor, die Auseinandersetzung mit Zaunlatten auszutragen. T und O stimmen zu. A hofft dabei, der erheblich stärkere T werde dem O eine gehörige Abreibung verpassen. T versetzt O mit einer völlig verschmutzten Zaunlatte einen kräftigen Hieb über den Kopf. O blutet stark. Infolge einer Wundinfektion stirbt er später.

1. Nach der hier vertretenen selbständigen Behandlung der beiden Deliktsteile des erfolgsqualifizierten Delikts wirkt sich das Vorliegen eines Rechtfertigungsgrundes beim Grunddelikt auch nur bei diesem aus. Der Täter ist daher nur wegen des Erfolgsdelikts strafbar als fahrlässiger Täter. Aber auch für den Teilnehmer bleibt nur diese Lösung übrig. Die limitierte Akzessorietät erfordert für die Teilnahme eine tatbestandsmäßige und rechtswidrige Handlung des Täters. Fehlt die Rechtswidrigkeit, so liegt keine "mit Strafe bedrohte Handlung" im Sinne der §§ 48, 49 vor. Insofern ist es auch gleichgültig, ob die Rechtswidrigkeit hinsichtlich des Grunddelikts nur beim Täter oder auch beim Teilnehmer ausgeschlossen ist. Der Teilnehmer kann nur als fahrlässiger Nebentäter bestraft werden.
Erst hier haben wir also den Fall, in dem ein Beteiligter, der bei "natürlicher Betrachtungsweise" (Seebald, vgl. oben S. 69) als Teilnehmer (bzw. überhaupt nicht) zu bestrafen ist, nun plötzlich zum Täter des entsprechenden Fahrlässigkeitstatbestandes wird. Gegen eine solche Konstruktion wendet sich auch Ziege[1]. Er will den Teilnehmer auch weiterhin als Teilnehmer behandeln und nimmt daher Anstifung bzw. Beihilfe zur Fahrlässigkeitstat an (wobei er aber übersieht, daß es sich genau genommen um fahr-

1) NJW 54, 179

lässige Teilnahme an fahrlässiger Tat handelt), andernfalls sei die Bestrafung des Teilnehmers wegen Teilnahme am erfolgsqualifizierten Delikt überhaupt ausgeschlossen. Dem ist insofern zuzustimmen, als die Barriere der fahrlässigen Teilnahme nun einmal nicht beseitigt werden kann.

2. Ob der Rechtfertigungsgrund auch die Rechtswidrigkeit der schweren Folge beseitigt, hängt davon ab, inwieweit die Fahrlässigkeitstat durch Rechtfertigungsgründe gedeckt wird. Grundsätzlich ist dies unter den gleichen Voraussetzungen wie bei den Vorsatztaten möglich[1].

a) So ist etwa bei Notwehr die unvorsätzliche Herbeiführung des Erfolges gerechtfertigt, wenn er sich auch bei vorsätzlicher Herbeiführung im Rahmen der erforderlichen Abwehr gehalten hätte. Zum Teil wird hierbei Verteidigungswille verlangt[2], zum Teil die objektive Rechtfertigungslage für ausreichend angesehen[3]. Maßgebend ist immer, ob die Abwehrhandlung in der konkreten Situation notwendig war. War sie es, so geht das Folgenrisiko zu Lasten des Angreifers[4]. Unter diesen Bedingungen dürfte bei Notwehr der Rechtfertigungsgrund für das Grunddelikt auch das Erfolgsdelikt ergreifen.

b) Ferner soll noch auf den Fall der Einwilligung eingegangen werden, weil hier von Gosch behauptet wird, bei § 226 decke die Einwilligung in die Körperverletzung auch die eventuelle Todesfolge.

aa) Sie schreibt[5] dazu - unter Berufung auf BGH 4, 93 -:

> ob eine Handlung pflichtwidrig sei, könne nicht danach beurteilt werden, ob der Täter in den schweren Erfolg eingewilligt habe und er insoweit über das Rechtsgut verfügen konnte, sondern danach, ob der Betroffene das Risiko einer derartigen Verletzungshandlung freiwillig und bewußt eingegangen ist. Soweit er das Risiko auf sich genommen habe, entfalle Rechtswidrigkeit bezüglich § 222.

---

1) so Maurach AT § 43 II C (S. 469 f.); Schönke-Schröder § 59 Rdn. 164; Welzel § 18 II (S. 137 f.); wohl auch Baumann § 28 II 3b (S. 441)
2) Maurach AT § 43 II C (S. 470)
3) Schönke-Schröder vor § 51 Rdn. 77
4) vgl. Maurach aaO; Welzel § 14 II 2 (S. 86)
5) Diss. S. 42

bb) Dieser Ansicht kann nicht zugestimmt werden. Sie verwechselt Einwilligung in das Risiko fahrlässiger Körperverletzung mit Einwilligung in das Risiko fahrlässiger Tötung. Körperliche Unversehrtheit ist ein verzichtbares Rechtsgut. Folglich kann auch in das Risiko einer Verletzung, da sie ein Weniger darstellt eingewilligt werden. Das Leben dagegen ist ein unverzichtbares Rechtsgut (Umkehrschluß aus § 216) und Schutzgut bei § 222 ist auch die Allgemeinheit[1]. Daher kann niemand in das Risiko seiner Tötung rechtserheblich einwilligen[2]. Dabei macht aber die Rechtsprechung (BGH 4, 93) - ob berechtigt oder nicht, sei dahingestellt - eine Ausnahme: unter besonderen Voraussetzungen könne die Pflichtwidrigkeit eines Verhaltens zu verneinen sein, wenn jemand eine gewisse Gefahr in der klaren Erkenntnis in Kauf genommen und der Täter seiner allgemeinen Sorgfaltspflicht genügt habe[3]. Ob das Opfer in unserem Falle die Gefahr klar erkannt hat, läßt sich nicht beurteilen. Auf jeden Fall ist der Täter seiner allgemeinen Sorgfaltspflicht nicht nachgekommen; denn er handelte hinsichtlich der schweren Folge fahrlässig. Es bleibt fahrlässige Täterschaft; der Rechtfertigungsgrund des Grunddelikts ergreift die schwere Folge nicht[4] (anders könnte es dann sein, wenn die Folge in schwerer Körperverletzung besteht).

3. Auch bei der Behandlung des Irrtums über einen Rechtfertigungsgrund entstehen keine großen Schwierigkeiten. Das Ergebnis beim Grunddelikt richtet sich nach den verschiedenen Schuldtheorien. Liegt danach beim Grunddelikt kein Vorsatz oder nur Fahrlässigkeit vor, so entfällt eine Bestrafung

---

1) vgl. hierzu ausführlich BayObLG NJW 57, 1245 f.
2) h. M. vgl. Maurach AT § 43 II C 3 (S. 471); Welzel § 14 VII 3 (S. 98 oben); Bickelhaupt NJW 67, 713; BGH 4, 93
3) BGH 4, 93 unter Berufung auf RG 57, 172 u. RG JW 1925, 2250 Nr. 2; desgl. BGH 7, 115; vgl. auch Bay ObLG NJW 57, 1246: "Damit soll ersichtlich in Anschluß an die Entscheidung des RG (JW 25, 2250) nicht die Einwilligung in den Tod als ein die Rechtswidrigkeit ausschließender Umstand erklärt werden, vielmehr sollte nur die Schuld des Täters, die "pflichtwidrige Unvorsichtigkeit" (aaO) verneint werden..."
4) BGH 4, 88 kommt allerdings zur Bejahung der Täterschaft nach § 226, weil er in seinem Fall die Einwilligung bzgl. des Grunddelikts als sittenwidrig ansah.

aus dem erfolgsqualifizierten Delikt. Bezüglich des Erfolgsdelikts wird stets fahrlässige Nebentäterschaft gegeben sein.

III. Mittelbare Täterschaft des Hintermannes bezüglich des Grunddelikts, bezüglich des Erfolges handeln beide fahrlässig

Beispiel: Der technische Leiter H der städtischen Wasserwerke erklärt seinem neu eingesetzten Stellvertreter V die Werksanlagen. Unter anderem weist er ihn an, bei einem bestimmten Grad von Wasserverschmutzung eine zusätzliche Menge Chlor dem Wasser beizugeben. In Wirklichkeit handelt es sich aber nicht um Chlor, sondern um eine Krankheitserreger enthaltende, ähnlich aussehende Substanz, was H weiß und was auch V bei genügender Aufmerksamkeit hätte erkennen können. Obwohl der Ausbruch einer größeren Seuche noch verhindert werden kann, sterben mehrere Personen, was H jedoch nicht wollte.

1. Nach unserem Schema ergibt sich: Strafbarkeit des Vordermannes wegen fahrlässiger Erfolgsherbeiführung (§ 222); Strafbarkeit des Hintermannes wegen mittelbarer (vorsätzlicher) Täterschaft hinsichtlich des Grunddelikts und mittelbarer fahrlässiger Täterschaft bezüglich der Folge (insgesamt strafbar nach § 324).

2. Ob das geltende Recht mittelbare fahrlässige Täterschaft kennt, ist umstritten. Bejaht wird sie insbesondere von denjenigen Autoren, welche die fahrlässige Beteiligung an fahrlässiger Tat generell für möglich halten.

So etwa Seebald, der allein aus der Tatsache, daß in unserem Falle mittelbare fahrlässige Täterschaft theoretisch vorliegt, diese auch nach dem StGB für zulässig erachtet[1].
In einem späteren Abschnitt seiner Dissertation[2] geht er zwar etwas ausführlicher darauf ein, jedoch nur anhand von Beispielen, die zeigen sollen, daß auch bei Fahrlässigkeitstaten mittelbare fahrlässige Täterschaft vorkommt. Er setzt hierbei zwei verschiedene Ebenen gleich, die strikt aus-

---

1) Diss. S. 95
2) S. 142 ff.

einanderzuhalten sind. Denn daß mittelbare fahrlässige Täterschaft möglich, gleich im Sinne von denkbar, ist, dürfte unstreitig sein. Entscheidend ist aber, ob diese nach geltendem Recht nicht einfach als fahrlässige Täterschaft zu behandeln ist; in all seinen Beispielen könnte man nämlich letzteres prima facie genau so gut annehmen. Leider geht er hierauf nicht näher ein.

Etwas zwiespältig Binding, der einerseits mittelbare fahrlässige Täterschaft bejaht[1], sie andererseits aber bei unbeabsichtigter Erweckung des Täterentschlusses in einem anderen verneint[2]. Auch Exner[3] und Roxin[4] halten sie de lege lata für gegeben. Schröder[5] hingegen will sie nur im Falle des § 315 c III angewandt wissen, sofern dem Verursacher, der nicht mit dem unmittelbaren Täter identisch ist, spezielle, gesetzlich angeordnete Verkehrspflichten obliegen (z.B. als Kraftfahrzeughalter).

3. Es kann hier lediglich darum gehen, ob die mittelbare fahrlässige Täterschaft von den Fahrlässigkeitsdelikten erfaßt wird, oder ob sie eine Form der fahrlässigen Täterschaft darstellt, die das Gesetz nicht mehr bestraft. Allgemeines Kriterium für mittelbare Täterschaft ist das Handeln durch einen anderen hindurch zur Erreichung des Erfolges. Im Bereich der Fahrlässigkeitstat heißt dies: fahrlässige Veranlassung eines anderen zur fahrlässigen Erfolgsverursachung. Auszugehen ist auch hier wieder vom Täterbegriff beim fahrlässigen Delikt. Danach liegt das Problem vor allem darin, ob das pflichtwidrige Verhalten des Tatmittlers für den mittelbaren Täter vorhersehbar war. Es läßt sich nicht allgemein sagen, daß man mit dem fahrlässigen Verhalten anderer stets zu rechnen habe. Es ist auch ein lebensgerechter Vertrauensgrundsatz zu bedenken[6]. Wird jedoch bejaht, daß das pflichtwidrige Verhalten des Tatmittlers vorhersehbar gewesen sei, so war damit aber auch zugleich der Erfolgseintritt vorhersehbar.

---

1) Normen IV S. 595 ff. (insb. S. 604 ff.)
2) Grundriß AT 7. Aufl. 1907 S. 155
3) Festschrift Frank Bd. I, S. 570 f.
4) S. 538 ff.
5) v. Weber-Festschrift S. 238 ff.; Schönke-Schröder vor § 47 Rdn. 34, § 315 c Rdn. 36 a
6) vgl. Roxin S. 540; Schönke-Schröder § 59 Rdn. 197

Die Annahme von mittelbarer Täterschaft wird überflüssig. Es liegt Alleintäterschaft vor.

Die Form der mittelbaren Täterschaft paßt nicht so recht in den Bereich der fahrlässigen Delikte. Zum einen, weil sie in erster Linie nur für Vorsatztaten geschaffen wurde (daher sieht auch Maurach[1] die Tatherrschaft in der Person des Hintermannes als das entscheidende Kriterium der mittelbaren Täterschaft an). Zum anderen ist sie auch im Bereich der vorsätzlichen Delikte nur eine Art Lückenbüßerin für die zwischen unmittelbarer Täterschaft und Anstiftung liegenden und von diesen nicht erfaßten Fälle.

IV. Mittäterschaft bezüglich des Grunddelikts, bezüglich des Erfolgsdelikts liegt bei den Beteiligten Fahrlässigkeit vor.

Beispiel: A und B schlagen gemeinsam den Kassenboten O mit Handkantenschlägen gegen den Hals nieder und nehmen dessen Geldtasche an sich. O stirbt, was A und B aber nicht wollten.

1. Nach unserem Schema ergibt sich für die Beteiligten: Mittäterschaft am Grunddelikt und fahrlässige Mittäterschaft an der schweren Folge, also insgesamt Mittäterschaft am erfolgsqualifizierten Delikt (§ 251).

2. Die Zulässigkeit der fahrlässigen Mittäterschaft ist wiederum streitig. Mittäterschaft ist allgemein gesprochen gemeinsame Täterschaft, d.h. das Zusammenwirken mehrerer bei der Ausführung der tatbestandsmäßigen Handlung. Sie ist objektiv gekennzeichnet durch das Prinzip der Arbeitsteilung: die Tätigkeit jedes einzelnen für sich betrachtet erfüllt nur Teile des in Frage kommenden objektiven Tatbestandes (z.B. A bricht den Tresor auf, B räumt ihn aus, C fährt die Beute ab und D hat das ganze Unternehmen am Schreibtisch geplant). Der Begriff der Mittäterschaft wird also erst dort notwendig, wo ohne ihn eine Zurechnung des Deliktserfolges bei allen Tätern nicht vorgenommen werden könnte. Auf die Fahrlässigkeitsdelikte angewandt heißt das, daß Mittäterschaft erst anzunehmen ist, wenn durch das objektive

---

1) AT § 48 I A 1 (S. 534)

Zusammenwirken aller Beteiligten eine gemeinsame Pflicht verletzt wird, wodurch der Erfolg eintritt. Dies kann aber nur bei gemeinsamen Pflichten der Fall sein, die durch einen einzelnen allein nicht verletzt werden können. Gleicher Ansicht ist Roxin[1], wenn er fahrlässige Mittäterschaft nur bei gemeinsamer Verletzung der gemeinsamen täterschaftsbegründenden Pflicht annimmt.

a) Von § 47 wird die fahrlässige Mittäterschaft jedoch nicht erfaßt. Die gemeinschaftliche Ausführung einer strabaren Handlung in § 47 ist dahingehend auszulegen, daß nur die gemeinschaftliche Ausführung einer Vorsatztat darunter fällt. Das folgert die h.M.[2] unter anderem daraus, daß ein Zusammenwirken nur bewußt und gewollt erfolgen könne. Dagegen erklärt eine Mindermeinung[3], Vorsatz sei nur hinsichtlich der Handlung, nicht aber hinsichtlich des Erfolgs nötig. Es genüge das Bewußtsein der Gemeinschaftlichkeit des Handelns. Für die h. M. spricht die systematische Stellung des § 47 und daß ein Zusammenwirken ohne Einbeziehung des Erfolges lediglich ein gleichzeitiges Handeln wäre (ohne Notwendigkeit der Annahme von Mittäterschaft). Sodann folgt aus dem restriktiven Täterbegriff (der auch größtenteils von der Mindermeinung anerkannt wird[4]), daß auch § 47 einen Strafausdehnungsgrund darstellt (wie die §§ 48 ff.). Da der restriktive Täterbegriff erfolgsbezogen ist, müssen es auch seine Strafausdehnungsgründe sein.

b) Fraglich, ob die fahrlässige Mittäterschaft nach dem fahrlässigen Täterbegriff möglich ist, oder ob sie - verneinendenfalls - straflos bleibt. Dieser Täterbegriff erfordert Verursachung und Pflichtverletzung. Die Pflicht ist aber immer individuell, d.h. nur auf den einzelnen Täter bezogen. Das ergibt sich daraus, daß die Vorhersehbarkeit der Pflichtverletzung nach richtiger Auffassung sich nicht nach objektiven, sondern subjektiven

---

1) S. 535 ff., 538

2) Baumann § 36 I 3b (S. 542); Lackner-Maassen § 47 Anm. 2; Maurach AT § 49 I A 2 (S. 548) und § 49 V 2b (S. 564); Schönke-Schröder § 47 Rdn. 19; Schwarz-Dreher § 47 Anm. 2; Seebald Diss. S. 47, 140 ff.; sowie die Rechtsprechung, vgl. BGH VRS 18, 415 ff. (L.S. 7)

3) Mezger LK § 47 Anm. 5; Frank § 47 Anm. III; Kohlrausch-Lange § 47 Anm. III; Exner Frank-Festschrift Bd. I, S. 572 f.

4) Kohlrausch-Lange Vorbem. I vor § 47; Mezger-Blei (siehe S. 64 FN 2) Frank Anm. II vor § 47

Kriterien richtet. Der Täterbegriff des Fahrlässigkeitsdelikts verlangt also grundsätzlich Alleintäterschaft. Die gemeinsame Verletzung einer gemeinsamen Pflicht durch mehrere Beteiligte wird nicht erfaßt. Ein solches Ergebnis mag auf den ersten Blick ungereimt aussehen, weil darin anscheinend ein unzulässiger Begünstigungseffekt der mehreren Pflichtverletzer gegenüber dem einzelnen liegt. Bei näherer Betrachtung kommt man aber auch in diesen Fällen regelmäßig zur Alleintäterschaft. Denn gemeinsame Pfichten, in dem Sinne, daß ihre Verletzung nur gemeinsam möglich ist, sind wohl nur in sehr begrenzten Rahmen denkbar. Alleintäterschaft ist zunächst stets dann gegeben, wenn der Verantwortungsbereich der Beteiligten nicht miteinander identisch ist, insbesondere bei Pflichten, welche die Kontrolle des anderen Beteiligten beinhalten. So ist etwa der leitende Chirurg, der fahrlässigerweise übersieht, daß der Assistenzarzt ein Instrument in der Wunde zurückläßt, Alleintäter. Aber auch in dem von Roxin[1] angeführten Fall - zwei Aufseherinnen haben die Betreuung eines Kindes inne, hier bestehe eine gemeinsame Pflicht, die nur gemeinsam verletzt werden könne - gilt nichts anderes. Zum einen wird sich in solchen Situationen vielfach ein Kontrollverhältnis des einen Beteiligten über den anderen konstruieren lassen. Besteht nämlich der Sinn der gemeinsamen Pflicht darin, eine doppelte Sicherung zu erbringen[2], so bedeutet dies, daß bei Ausfall der einen Sicherung die andere eingreifen soll, also ein typischer Fall der Kontrolle gegeben ist. Jeder der Beteiligten hat seinen eigenen Verantwortungsbereich, selbst wenn dieser sich inhaltlich mit demjenigen des Mitbeteiligten deckt. Verletzt er die sich für ihn daraus ergebende Sorgfalt, so setzt er eine Ursache für den Erfolg. Daß dessen Eintritt außerdem noch von der Sorgfaltspfichtverletzung des anderen abhängt, spielt infolge der Gleichwertigkeit aller Bedingungen (nach der Äquivalenztheorie) keine Rolle. Nur dort, wo eine Gleichwertigkeit nicht vorhanden sein sollte oder unter Umständen auch bei den Fahrlässigkeitstaten, die keine Erfolgsdelikte sind, könnte man zu einer fahrlässigen Mittäterschaft im Sinne einer gemeinsamen Verletzung

---

1) S. 535
2) Roxin S. 535

gemeinsamer Pflichten kommen. Dies würde aber nicht mehr unter den Täterbegriff des Fahrlässigkeitsdelikts fallen.

c) Im Ergebnis stimmen wir also insofern mit der h. M. überein, als diese fahrlässige Mittäterschaft (welche von ihr aber schon bei gemeinschaftlichem Handeln, ohne daß eine gemeinsame Pflicht vorliegt, theoretisch angenommen wird) ebenfalls als fahrlässige Alleintäterschaft straft und zwar hier in Form der Nebentäterschaft[1].

3. Am Rande sei noch der Fall erwähnt, in welchem Mittäterschaft bezüglich des Grunddelikts, Fahrlässigkeit bezüglich des Erfolges aber nur bei einem Beteiligten vorliegt. Seebald[2] meint, "daß der fahrlässig handelnde Mittäter auch dann als fahrlässiger Mittäter zu bestrafen ist, wenn der andere schuldlos handelt". Er spricht sich gegen eine fahrlässige Alleintäterschaft aus und begründet dies mit Hinweis auf § 50 I.

Vom Täterbegriff der Fahrlässigkeitstat ausgehend muß hier zwingend Alleintäterschaft angenommen werden. Eine Mittäterschaft im Sinne einer gemeinsamen Pflicht besteht nicht, ein bloßes "Zusammenhandeln" reicht nicht aus. Von daher besteht auch keine Veranlassung, § 50 I anzuwenden. Im übrigen kann der weiteren Begründung Seebalds[2], "das Wesen der fahrlässigen Mittäterschaft bestehe nicht darin, daß alle Mittäter fahrlässig handeln müssen", nicht gefolgt werden.

---

1) vgl. insbesondere Baumann § 36 I 3b (S. 542), § 36 I 2 (S. 538 f.); Maurach AT § 49 V 2b (S. 564); Schönke-Schröder § 47 Rdn. 19

2) Diss. S. 91

Abschnitt 2

Unterschiedliche Schuldvoraussetzungen beim Erfolgsdelikt auf Täter- und Teilnehmerseite, Vorsatz bezüglich des Grunddelikts

I. Der Teilnehmer handelt unvorsätzlich bezüglich des Erfolges

1. Täter handelt schuldlos, der Teilnehmer fahrlässig

Beispiel: A stiftet T an, den O für einige Zeit in einem alten Schuppen einzusperren. Er denkt dabei nicht daran, daß O lebensnotwendig täglich zwei Insulinspritzen benötigt, während T dies nicht wissen konnte. O erleidet schwere gesundheitliche Schäden, an deren Folge er verstirbt.

a) Der Täter haftet nach dem Grunddelikt. Für den Teilnehmer liegen vor: Anstiftung zum Grunddelikt und fahrlässige Teilnahme an unvorsätzlicher Tat.
Da das Gesetz keine fahrlässige Teilnahme, sei es an fahrlässiger Tat noch an schuldloser Tat, kennt, liegt hier ähnlich wie im Grundfall (s. S. 58 ff.) fahrlässige Täterschaft vor; allerdings Alleintäterschaft, da der Haupttäter ja nicht fahrlässig handelte. Beides zusammen ergibt dann Teilnahme am erfolgsqualifizierten Delikt (hier etwa an § 239 III). Ein Unterschied zum Grundfall besteht im Ergebnis nicht, da die fehlende Fahrlässigkeit des Täters gemäß § 50 I ohne Einfluß auf die Strafbarkeit des Teilnehmers ist.

b) In diesem Sinne äußern sich auch Maurach[1] und der BGH[2], während Oehler[3] ungenau formuliert, der Anstifter müsse "wegen Anstiftung zum Grunddelikt und wegen des durch sein Handeln fahrlässig herbeigeführten qualifizierten Erfolges, im ganzen also aus dem erfolgsqualifizierten Delikt bestraft werden". Die Positionen von Gosch[4] und Seebald[5] sind unverändert wie im Grundfall.

---

1) AT § 51 III B 1 (S. 584/5)
2) BGH 19, 341
3) GA 54, 38
4) Diss. S. 58
5) Diss. S. 66

2. Der Täter handelt fahrlässig, der Teilnehmer schuldlos

Beispiel: wie oben, nur daß A von der Krankheit des O nichts wußte, während sie T an sich bekannt war.

a) Die Entscheidung entspricht der des vorhergehenden Falles. Der Teilnehmer haftet über § 50 I nur aus dem Grunddelikt.

b) Oehler[1] meint, es liege ein Exzess des Täters vor, für den der Teilnehmer (über § 50 I) nicht hafte. Gleicher Ansicht sind auch Maurach[2] und Baumann[3]. Dem ist zuzustimmen; denn bei der schweren Folge handelt es sich um ein qualifizierendes Merkmal und der Täter erfüllt mit seiner Begehung einen anderen Tatbestand als der Teilnehmer wollte. Sofern den Teilnehmer nicht auch Fahrlässigkeit trifft, ist kein Grund ersichtlich, die allgemeinen Lehren über den Exzess beim erfolgsqualifzierten Delikt nicht anzuwenden. Die Abweichung ist keine unwesentliche.

c) Anderer Ansicht ist Gosch[4]. Das Vorliegen eines Exzesses lehnt sie ab, da sich dies nach der Kongruenz der Vorstellung des Anstifters mit der tatsächlichen Ausführung der Tat in den wesentlichen Punkte beurteile. Der Eintritt des Todes sei aber unwesentlich. Sie stützt sich dabei auf die an sich längst überholte RG-Entscheidung 59, 156, welche sie darüber hinaus unrichtig interpretiert. Nach damaligem Rechtszustand lag bei Eintritt der schweren Folge natürlich kein Exzess vor, da sich der Wille der Beteiligten nicht auf den schweren Erfolg zu erstrecken brauchte:

> "Knüpft das Gesetz die erhöhte Strafbarkeit des Täters an Umstände, die außerhalb seines Willens liegen, wie in § 226 StGB an den Eintritt der Todesfolge, so ist auch für die Anwendung dieser Gesetzesvorschrift auf den Anstifter nicht erforderlich, daß sein Wille auf diese Folge gerichtet war." (RG aaO)

Daraus folgt zwingend, daß der Wille des Teilnehmers aber auf eben diese Folge gerichtet sein muß, wenn das Gesetz heute nach Einführung des § 56 die Qualifizierung an Umstände innerhalb des Täterwillens (Fahrlässigkeit) knüpft. Wird die Todesfolge hiervon nicht einbezogen, so fehlt es an der

---

1) GA 54, 38
2) AT § 51 III B 1(S. 584/5)
3) § 37 I 3c (S. 578)
4) Diss. S. 48 f., 37 f.

Kongruenz zwischen dem Vorstellungsbild des Teilnehmers und dem Ablauf der Tat in einem wesentlichen Punkt. Das Problem, ob in diesem Zusammenhang eine nach § 50 I unzulässige Akzessorietätslockerung hinsichtlich des Tatbestandes und der Rechtswidrigkeit vorliegt, dem Gosch[1] hier zunächst einen relativ breiten Raum widmet, steht - wie sie schließlich selbst zugibt - nicht zur Diskussion. Es tritt erst auf, wenn beim Teilnehmer Vorsatz hinsichtlich der Folge und beim Täter Fahrlässigkeit gegeben ist.

3. Der Täter handelt vorsätzlich, der Teilnehmer fahrlässig

Beispiel: wie oben S. 83, jedoch: A dachte nicht an die Krankheit des O, während T auch dessen Tod in Kauf nahm.

a) Für den Teilnehmer liegt bezüglich des Erfolges rein konstruktiv fahrlässige Teilnahme an vorsätzlicher Tat vor. Nach geltendem Recht stellt sich dies als Exzess des Täters dar, da dessen Handlung in einem wesentlichen Punkte vom Teilnehmerplan abweicht. Somit entfällt nach § 50 I die Haftung hierfür. Die Stellung des Teilnehmers ist so zu beurteilen, wie wenn sich der Täter innerhalb seiner (= des Teilnehmers) Vorstellung gehalten hätte. Dann liegt wieder fahrlässige Täterschaft und Anstiftung zum Grunddelikt vor, im ganzen also Teilnahme am erfolgsqualifizierten Delikt. So im Ergebnis auch der BGH[2].

b) Gosch will hier Anstiftung zum selbständig strafbaren Grunddelikt offenbar in Idealkonkurrenz zum selbständig strafbaren fahrlässigen Erfolgsdelikt annehmen (z.B. im Falle der Körperverletzung mit Todesfolge §§ 223/48/222/73)[3].

Im nächsten Absatz meint sie, die Lage sei jedoch dann anders zu beurteilen, wenn das, wozu der Initiator veranlassen wollte, nicht ein aliud, sondern ein minus gegenüber der tatsächlich ausgeführten Täterhandlung darstelle. Dabei verwendet sie wiederum das Beispiel der Körperverletzung mit Todesfolge mit dem Ergebnis der Teilnahme an § 226.

---

1) Diss. S. 50 f.
2) BGH 2, 225/6
3) Diss. S. 66

Warum hier zwei verschiedene Fälle vorliegen sollen, ist auf den ersten Blick nicht einleuchtend, beruht aber bei näherem Hinsehen auf einer falschen Sachverhaltswiedergabe, des von Gosch in diesem Zusammenhang besprochenen BGH-Urteils (2, 223 ff.). Danach schlug der Täter sein Opfer zunächst mit einer Latte nieder und erschoß es dann vorsätzlich. Der Teilnehmer wollte zwar den Tod des Opfers nicht, sein Wille umfaßte aber die Verwendung von Hieb- und Schußwaffen durch den Täter. Im Gegensatz dazu meint Gosch, der Teilnehmerwille sei lediglich auf die Verletzung mittels Hiebwaffen gerichtet gewesen und die Verwendung der Schußwaffe sei daher eine erhebliche Abweichung vom Teilnehmerplan, somit sei nur eine Bestrafung aus §§ 223a/48 möglich; hätte der Anstifter aber auch den Schußwaffengebrauch vorhersehen können, dann wäre er nicht nur wegen Anstiftung zur Körperverletzung, sondern auch aus § 222 strafbar.
Abgesehen davon, daß der Ausgangspunkt der Betrachtung unrichtig ist (eine erhebliche Abweichung liegt ja nicht vor), sind auch die weiter gezogenen Folgerungen in sich widersprüchlich. Der natürliche, zum Tode führende Handlungsablauf läßt sich nicht in mehrere, getrennt zu betrachtende Abschnitte aufspalten. Somit liegt nicht Körperverletzung in Idealkonkurrenz mit fahrlässiger Tötung, sondern Körperverletzung mit fahrlässig herbeigeführter Todesfolge (§ 226) vor.
Auch ihr zweiter Fall, bei dem sie ein maius-minus Verhältnis annimmt (s. o.), ist von ihrem Standpunkt aus widersprüchlich gelöst; denn im Gegensatz zu dem oben S. 84 f. unter 2. behandelten Fall, nimmt sie jetzt Exzess des Täters an.

II. Der Teilnehmer handelt vorsätzlich bezüglich der schweren Folge

1. Der Täter handelt fahrlässig

Beispiel: Der rachedürstige A veranlaßt den T, das Haus des ihm verhaßten O nachts in Brand zu stecken. Er gibt dabei T gegenüber wider besseres Wissen an, O befinde sich auf einer Urlaubsreise. T legt Feuer. O kommt in den Flammen um, was A in Kauf nahm, während T bei genügender Aufmerksamkeit die Anwesenheit des O hätte erkennen können.

a) Der Täter hat den Tatbestand des erfolgsqualifizierten Delikts erfüllt (hier § 307 Ziff. 1). Beim Teilnehmer liegt vor: Anstiftung zum Grunddelikt und Anstiftung zur fahrlässigen Tat.

b) Letztere stellt sich in unserem Falle aber als mittelbare Täterschaft dar, da der Hintermann weiß, daß der Tatmittler unvorsätzlich handelt. Dies ergibt sich klar nach der subjektiven Teilnahmelehre. Die Beurteilung der Strafbarkeit der Beteiligten erfolgt nach den jeweils von ihnen gesetzten Kausalketten, den in ihrer Person liegenden Umständen und der bei ihnen vorhandenen Willensrichtung. Entscheidend für den mittelbaren Täter ist nur, daß er zur Tatbegehung andere Personen als Kausalfaktoren einsetzt und dabei mit Täterwillen handelt. Seine strafrechtliche Beurteilung ist unabhängig von der des Tatmittlers. Mittelbare Täterschaft ist daher auch möglich, wenn bei letzterem Täterschaft vorliegt[1]. Zum gleichen Ergebnis kommt auch die materiell-objektive Teilnahmetheorie: der die Wissensmängel einplanende Hintermann hat regelmäßig Tatherrschaft[2].

Aber auch, wenn der Tatmittler bewußt fahrlässig und sein Hintermann bedingt vorsätzlich handelt, muß dies - zumindest nach der subjektiven Theorie - zur Annahme mittelbarer Täterschaft ausreichen. Leiht sich Messerwerfer A von B ein Messer, um damit die Tasche des C zu treffen, während B mit der Möglichkeit einer Körperverletzung rechnet, so hat B Täterwillen und setzt mit der Hingabe des Messers eine Kausalreihe in Gang, die schließlich zum Erfolg führt. Man kann hierbei nicht argumentieren, wie Seebald[3] es tut, daß der Vordermann kein ahnungsloses Werkzeug sei und mittelbare Täterschaft daher entfalle. Denn ob das Werkzeug ahnungslos ist oder nicht, spielt keine strafrechtlich relevante Rolle. Entscheidend ist nur, daß der Tatmittler mangels Anwendung pflichtgemäßer Sorgfalt die zum Erfolg führende Kausalreihe nicht abbrechen oder umlenken kann[4], wohl aber der Hintermann. Auf seiten des Verlassenden liegen daher Täterschaftsmerk-

---

1) vgl. zum Ganzen Baumann § 36 I 4a (S. 554/5); ferner Schroeder S. 107 ff. Roxin S. 232 (VII 3.); a. A. Mezger LK § 47 Anm. 9 ("die andere Person darf ihrerseits nicht als Täter strafbar sein").
2) vgl. Maurach AT § 50 III B 1 (S. 572), § 48 II A 2b (S. 541)
3) Diss. S. 71 mit dem eben vorgetragenen Beispiel
4) vgl. Roxin S. 178/9

male vor. Seebald kann demnach nicht zugestimmt werden. Er ist auch insofern widersprüchlich, als er später[1] betont, daß jeder noch so geringe Beitrag mittelbare Täterschaft zu begründen vermag, wenn die übrigen Voraussetzungen (Kausalität und Erfolg) gegeben sind.

c) Ob neben der mittelbaren Täterschaft die Anstiftung zum Grunddelikt noch selbständiges Gewicht besitzt, hängt davon ab, ob der Teilnehmer auch in dieser Hinsicht die Tatherrschaft besaß. Das wird zum Teil bejaht mit der Begründung, daß "der Anstifter auch den ersten Teil der Handlung nur in seinen Dienst gestellt hat, um ... den Erfolg durch eigene Verfügung über die Tat zu erreichen"[2]. Dem ist zuzustimmen. Denn wenn der Veranlasser bezüglich des Erfolges vorsätzlich handelt, dann wird sich in aller Regel das Grunddelikt nur als Mittel zum Zweck darstellen und somit vom Zweck her überdeterminiert sein. Daher hat der Teilnehmer (Hintermann) das ganze erfolgsqualifizierte Delikt in mittelbarer Täterschaft begangen.

d) Gleichzeitig hat er auch den Tatbestand des selbständig strafbaren vorsätzlichen Erfolgsdelikts erfüllt. Das Verhältnis zwischen beiden Tatbeständen richtet sich nach den unten[3] noch zu besprechenden Konkurrenzgrundsätzen. Ist also etwa der Hintermann an der vom Tatmittler fahrlässig verursachten Todesfolge vorsätzlich beteiligt, ohne daß gleichzeitig Mordmerkmale vorliegen, so besteht Vorrang des erfolgsqualifizierten Delikts vor § 212. Der Hintermann ist mittelbarer Täter des ersteren. Genau so liegt es natürlich, wenn die Qualifikation in schwerer Körperverletzung besteht und der Hintermann im Gegensatz zum unmittelbaren Täter weiß, daß auf Grund der besonderen Konstitution des Opfers die schwere Folge eintreten wird.

e) Dieses Ergebnis wird natürlich von denjenigen abgelehnt, die bei Vorliegen des selbständig strafbaren Erfolgsdelikts das erfolgsqualifizierte Delikt nicht mehr in Ansatz bringen, wie etwa Gosch[4] und Seebald[5]. Eine solche Betrachtungsweise trifft jedoch nur in sehr begrenztem Rahmen zu

---

1) Diss. S. 72
2) Oehler GA 54, 39; ähnlich Gosch S. 54/55
3) siehe S. 103 ff., Zusammenfassung S. 116
4) Diss. S. 54
5) Diss. S. 92 f.

und kann - wie der Abschnitt über die Konkurrenzfragen noch zeigen wird - nicht verallgemeinert werden[1]. Zuzustimmen ist den Vertretern dieser Meinung nämlich nur im Verhältnis des selbständig strafbaren vorsätzlichen Erfolgsdelikts zu den erfolgsqualifizierten Delikten der Körperverletzungs- und Lebensgefährdungstatbestände. Hier liegt bei vorsätzlichem Handeln des Teilnehmers mittelbare Täterschaft nach dem selbständig strafbaren vorsätzlichen Erfolgsdelikt vor (§§ 211 f.). Aber auch nur hier. Damit wird sichtbar, wie nachteilig es sich unter Umständen auswirkt, die Problematik der erfolgsqualifizierten Delikte praktisch nur an den §§ 224, 226 abzuhandeln. Bei den übrigen kann die Lage durchaus verschieden zu beurteilen sein. So ist in unserem obigen Beispiel der Hintermann mittelbarer Täter des § 307 Ziff. 1 in Idealkonkurrenz mit (mittelbarer Täterschaft nach) § 211. Unvollständig ist daher auch die Ansicht Oehlers[2] und Nagels[3], die zwar mittelbare Täterschaft nach dem erfolgsqualifizierten Delikt annehmen, sich aber ebenfalls auf die Qualifizierungen im Bereich der Körperverletzungstatbestände beschränken.

f) Unrichtig erscheint es dagegen, hier für Teilnahme am erfolgsqualifizierten Delikt einzutreten, wie es die Meinungsgruppe tut, die beim Teilnehmer mindestens dolus eventualis verlangt (vgl. S. 34 ff.). Damit wird der Bereich der Anstiftung auf Kosten der mittelbaren Täterschaft ausgedehnt. Denn sobald der Teilnehmer um die Unvorsätzlichkeit der Täterhandlung hinsichtlich des Erfolges weiß (insbesondere, wenn er einen Irrtum erregt), ist er ja der einzige, der den Erfolg will und somit die tatbestandsmäßige Steuerung in Händen hält. Der Teilnehmer kann sich nicht dem Täter unterordnen, da er ja größeres Tatwissen als dieser besitzt. Ein Beteiligter, der in Wirklichkeit Täterqualität aufweist, kann nicht als Teilnehmer behandelt werden. In sich widersprüchlich verfährt auch Lange. Einerseits will er den Teilnehmer "stets" (!) aus dem erfolgsqualifizierten Delikt bestrafen, wenn Vorsatz bezüglich der Folge vorliegt[4]; andererseits nimmt er mittelbare

---

1) so aber Seebald Diss. S. 92
2) GA 54, 38/9
3) Diss. S. 131
4) in Kohlrausch-Lange § 56 Anm. IV 4

Täterschaft an, wenn der Veranlassende, nicht aber der Ausführende den schweren Erfolg herbeiführen wollte[1].

Diesen Ansichten kann - ganz abgesehen von den übrigen Gründen, die gegen die Annahme von dolus eventualis als Haftungsvoraussetzung beim Teilnehmer sprechen - nicht zugestimmt werden[2].

g) Handelt der Täter nicht fahrlässig, sondern schuldlos in bezug auf die schwere Folge, so kommt für ihn nur eine Bestrafung aus dem Grunddelikt in Betracht. Die Lösung beim Teilnehmer entspricht derjenigen des soeben behandelten Falles (mittelbare Täterschaft).

2. Der vorsätzlich handelnde Teilnehmer nimmt irrtümlich Vorsatz beim Täter an. Dieser handelt jedoch fahrlässig.

Beispiel: Der Straßenfracht-Spediteur T, der sich infolge der Neueröffnung einer Wasserstraße einem starken Konkurrenzdruck seitens der Schiffahrt ausgesetzt sieht, wird von A auf die Idee gebracht, die Schleusentore einer Schleuse zu sprengen. A nimmt dabei auch Verluste an Menschenleben in Kauf und glaubt, daß T ebenfalls so skrupellos eingestellt sei. Diesem ist daran jedoch nicht gelegen, für ihn ist nur der Sachschaden interessant. T führt die Tat aus. Der Schleusenwärter O wird dabei unglücklicherweise so schwer verletzt, daß er bald darauf stirbt.

a) Trifft den Täter Fahrlässigkeit an der schweren Folge, so ist er aus dem erfolgsqualifizierten Delikt strafbar (hier § 321 II, bei grober Fahrlässigkeit in Idealkonkurrenz mit § 311 III). Beim Teilnehmer liegt vor: Anstiftung zum Grunddelikt und Anstiftung zur unvorsätzlichen Tat. Bejaht man die Vereinbarkeit der letztgenannten Figur mit dem geltenden Recht (was sehr streitig ist, darüber Näheres im nachfolgenden Exkurs), so ist beim Teilnehmer insgesamt Anstiftung zum erfolgsqualifizierten Delikt gegeben.

b) Mittelbare Täterschaft scheidet hier im Gegensatz zum vorherigen Fall aus. Es fehlt an der "finalen Überdetermination"[3]. Der Hintermann will den unmittelbaren Täter nicht für eigene Ziele einsetzen und er glaubt nicht, ein größeres Kausalwissen als dieser zu besitzen. Nach der subjektiven

---

1) aaO § 48 Anm. VIII
2) so im Ergebnis auch Gosch S. 59/60
3) vgl. Roxin S. 172

Teilnahmetheorie fehlt der für die Täterschaft konstitutive Täterwille[1]. Nach der materiell-objektiven Theorie hat der Hintermann zwar die objektive Tatherrschaft, es fehlt bei ihm aber ebenfalls das subjektive Element, nämlich das Bewußtsein, den Kausalablauf steuern zu können[2], das Bewußtsein, tatbestandsmäßig final zu handeln.

c) Inwieweit neben oder an Stelle der Anstiftung zum erfolgsqualifizierten Delikt noch das selbständig strafbare vorsätzliche Erfolgsdelikt zum Tragen kommt, bestimmt sich nach den noch unten S. 103 ff. näher zu begründenden Antworten auf die Konkurrenzfragen:

aa) Im Verhältnis zu den Körperverletzungs- und Lebensgefährdungstatbeständen gehen die §§ 211 f. vor, so daß der Teilnehmer nur wegen Anstiftung zum Mord bzw. Totschlag strafbar ist.

bb) Im Verhältnis der übrigen Erfolgsqualifikationen zu § 211 liegt Anstiftung zum erfolgsqualifizierten Delikt in Idealkonkurrenz zur Anstiftung zum Mord vor.

cc) Abgesehen von den Fallagen aa) und bb) bleibt es ansonsten bei Anstiftung zum erfolgsqualifizierten Delikt.

d) Lehnt man die Zulässigkeit der Teilnahme an unvorsätzlicher Tat ab, so ist man gezwungen, nach Ersatzlösungen zu suchen.

aa) Der bisher oft beschrittene Ausweg der fahrlässigen Nebentäterschaft entfällt. Betrachtet man das Verhältnis Täter- Teilnehmer auf der Ebene des Erfolgsdelikts, so könnte man hier auch eine versuchte Anstiftung des Teilnehmers konstruieren, weil er vergeblich versuchte, eine vorsätzliche Erfolgsbegehung beim Täter hervorzurufen. Abgesehen von anderen (unter e) dargestellten) Bedenken erscheint dieser Weg kaum gangbar, da eine Bestrafung aus dem erfolgsqualifizierten Delikt nicht mehr möglich ist. Wie soll die versuchte Anstiftung hinsichtlich des schweren Erfolges mit der Anstiftung zum Grunddelikt unter einen Hut gebracht werden? Diese kann nicht jene in sich enthalten. Auch ist die versuchte Anstiftung nicht der vollendeten subsidiär, wenn es an der Bezogenheit auf denselben Erfolg fehlt. Unser Fall zeigt die Grenzen der hier vertretenen getrennten Betrachtungs-

---

1) Schönke-Schröder vor § 47 Anm. 16
2) Maurach AT § 50 III B 3 a (S. 573)

weise auf. Es sind unter Umständen sogar Situationen denkbar, in denen sich der Teilnehmer bei Vorsatz bezüglich der Folge besser stellt als bei Fahrlässigkeit. Zu berücksichtigen ist, daß derartige Ungereimtheiten nur auftreten, wenn sich die eigentlich zutreffende Lösung - also die Anstiftung zur fahrlässigen Tat - nicht verwirklichen läßt. Der Charakter der dann zu wählenden Ersatzlösung im Sinne einer zum Teil auch unbefriedigenden Notlösung tritt hier besonders deutlich zutage.

bb) Da das erfolgsqualifizierte Delikt in seiner Ganzheit somit wegfällt, leben die bisher in Gesetzeskonkurrenz zurückgetretenen Tatbestände wieder auf. Es liegt dann versuchte Anstiftung zum selbständig strafbaren Erfolgsdelikt vor und zwar in Idealkonkurrenz mit Anstiftung zum Grunddelikt (ausgenommen natürlich im Verhältnis von Körperverletzungs- zu Tötungsdelikten). In unserem Beispiel hieße das für A Strafbarkeit nach §§ 321 I/48/212/49a/73 mit einer Mindeststrafe von 5 Jahren Zuchthaus (§ 212), die damit also gleich hoch wäre wie beim erfolgsqualifizierten Delikt des § 321 II. Jedoch besteht nach den §§ 49 a I/44 III die Möglichkeit, die Strafe auf 1/4 zu ermäßigen.

e) Mit dem Teil der Literatur, welche die Teilnahme an fahrlässiger bzw. unvorsätzlicher Haupttat ablehnt, deckt sich dieses Ergebnis allerdings nicht.

aa) So meint Oehler[1], es liege beim Teilnehmer versuchte Anstiftung zum erfolgsqualifizierten Delikt vor, da es ihm nicht gelungen sei, den Entschluß, das erfolgsqualifizierte Delikt vorsätzlich zu begehen, im Täter auszulösen. Seine Ansicht ist jedoch inkonsequent: handelt der Täter fahrlässig hinsichtlich der schweren Folge, so hat er den Tatbestand eines erfolgsqualifizierten Delikts bereits erfüllt[2]. Von versuchter Anstiftung kann dann nicht die Rede sein; denn diese setzt voraus, daß das Verbrechen, zu dem angestiftet werden sollte, noch nicht einmal in das Stadium des Versuches gelangt ist; hier ist es aber schon vollendet. (Es wäre somit eigentlich vollendete Anstiftung zum erfolgsqualifizierten Delikt anzunehmen.) Aus diesem Grunde ist auch die im vorherigen Falle (S. 88) aufgezeigte Möglichkeit nicht verwertbar,

---

1) GA 54, 39

2) so schon Schneider Diss. S. 61, Gosch Diss. S. 71

mittels einer vom Zweck her bestimmten Überdetermination des Grunddelikts durch das Erfolgsdelikt zu einer "synthetischen" Lösung aus dem erfolgsqualifizierten Delikt zu kommen.

Selbstverständlich ist Oehler darin rechtzugeben, daß das Vorhaben des Anstifters, der Täter werde durchgehend vorsätzlich handeln, mißglückt ist. Es verwirrt jedoch, wenn er nur auf das durchgehend vorsätzliche erfolgsqualifizierte Delikt abstellen will im Gegensatz zu seinen sonstigen Ausführungen. Das selbständig strafbare vorsätzliche Erfolgsdelikt darf nicht außer Ansatz bleiben (unklar bleibt auch, wie er mit dem Grunddelikt verfährt). Die erfolgsqualifizierten Delikte lassen sich nicht aufspalten in zwei einander fremde Gruppen: solche mit nur fahrlässiger und solche mit nur vorsätzlicher Erfolgsherbeiführung.

bb) Schneider will den Anstifter unter Heranziehung von § 50 I wegen Anstiftung zum selbständig strafbaren Erfolgsdelikt bestraft wissen[1]. Das beinhaltet aber im Grunde genommen schon die Frage nach der Zulässigkeit der Anstiftung zur unvorsätzlichen Tat, die, wie noch aufgezeigt werden wird, ihren Ausgangspunkt gerade im Problem der limitierten Akzessorietät hat. Von daher gesehen ist es auch methodisch nicht ganz richtig, etwa so wie Gosch[2] es tut, zunächst die Lösung Schneiders abzulehnen, weil sie eine unzulässige Akzessorietätslockerung in sich berge, und dann völlig getrennt davon die Frage der Teilnahme an unvorsätzlicher Tat aufzuwerfen. Die Gefahr zu widersprüchlichen Ergebnissen zu kommen, liegt auf der Hand.

cc) Gosch[3] nimmt versuchte Anstiftung zum selbständig strafbaren vorsätzlichen Erfolgsdelikt in Idealkonkurrenz mit Anstiftung zum erfolgsqualifizierten Delikt an (z.B. §§ 212/49a/226/48/73). Dem ist von ihrem Standpunkt der Präponderanz des Grunddelikts aus zuzustimmen.

---

1) Diss. S. 61
2) Diss. S. 68 ff.

. 3. Exkurs: Die vorsätzliche Teilnahme an unvorsätzlicher Tat

Nach den tiefgreifenden und vielfältigen Ausführungen, die von berufener Seite zu diesem Thema schon geschrieben wurden[1], wäre es vermessen, an dieser Stelle eine ausführliche Auseinandersetzung damit zu erwarten. Es kann hier lediglich darum gehen, einen groben Überblick über die vertretenen Ansichten zu geben und den Versuch einer Wertung in Hinblick auf ein brauchbares Ergebnis für die erfolgsqualifizierten Delikte zu unternehmen.

I) Das Problem, das im allgemeinen unter dem Stichwort "Anstiftung zur Fahrlässigkeitstat" bekannt ist, hat seinen Ausgangspunkt in der Akzessorietät der Teilnahme.
Anstiftung und Beihilfe setzen begrifflich das Vorliegen einer Haupttat voraus (Akzessorietät). Durch die Angleichungsverordnung vom 29. 5. 1943 wurde in den §§ 48 f. die Formulierung "strafbare Handlung" durch "mit Strafe bedrohte Handlung" ersetzt und § 50 neu eingeführt. Man spricht seitdem von limitierter Akzessorietät. Die Haupttat muß tatbestandsmäßig und rechtswidrig sein, nicht dagegen schuldhaft. Jedenfalls ist letzteres insofern unstreitig, als die Strafbarkeit des Teilnehmers nicht dadurch entfällt, daß der Haupttäter unzurechnungsfähig oder schuldunfähig oder einem unvermeidbaren Verbotsirrtum erlegen ist[2]. Sehr streitig aber ist, ob dies auch bedeutet, daß auf eine vorsätzliche Haupttat verzichtet werden kann.

II) Die hierzu vertretenen Meinungen lassen sich in drei Gruppen zusammenfassen:

1) Anstiftung und Beihilfe sind nur zur vorsätzlichen Tat möglich.
Der Haupttäter muß vorsätzlich gehandelt haben. Im übrigen kann die Schuld fehlen (z.B. das Unrechtsbewußtsein, wenn man es mit der strengen Schuldtheorie als ein vom Vorsatz unabhängiges Schuldelement ansieht).

---

1) vgl. insbesondere die Diss. v. Franzheim, dazu Kaufmann JZ 62, 782; Roxin S. 364 ff.; Seebald Diss. S. 70 ff.; siehe im übrigen die ausführlichen Literaturangaben bei Baumann § 37 I 2a (S. 568 f.)
2) vgl. näher Schönke-Schröder vor § 47 Rdn. 82

Dieser Auffassung sind alle Finalisten, da sie den Vorsatz zum Tatbestand rechnen[1].

Auch der BGH[2], nach anfänglich gegenteiliger Ansicht[3] zur ständigen RG-Rechtsprechung zurückgekehrt[4], verlangt beim Haupttäter Vorsatz. Im Anschluß an Bockelmann[5] und Welzel[6] versteht er unter "bestimmen" im Sinne von § 48 das Hervorrufen des Entschlusses, eine strafbare Handlung zu begehen. Das käme nur bei einem vorsätzlich Handelnden in Frage[7]. Begreife man Teilnahme als Unterordnung unter einen fremden Täterwillen, so sei sie nur möglich, wenn ein solcher vorhanden sei[8].

2) Anstiftung und Beihilfe ist auch zur unvorsätzlichen Tat möglich, sofern der Teilnehmer glaubt, daß der Haupttäter vorsätzlich handele. Dieser Meinung ist vor allem Baumann[9]. Entscheidend sei die Vorstellung des Teilnehmers. Glaube dieser zur vorsätzlichen Tat anzustiften, so liege subjektiv die Situation der Anstiftung vor. Man könne nicht denjenigen, der nur Anstifter sei, aus Gründen, die nicht in seiner Person liegen, mit der (mittelbaren) Täterschaft belasten. Ausgeschlossen sei lediglich die Teilnahme bei vorgestellter fahrlässiger Tat.

3) Teilnahme an unvorsätzlicher Haupttat ist möglich. Diese Ansicht wird vor allem von Schröder[10] vertreten. Nicht erforderlich sei, daß sich der Teilnehmer eine vorsätzliche Haupttat vorstelle. Jedoch werde hier in der Regel mittelbare Täterschaft vorliegen.

---

1) Maurach AT § 50 III A 3 (S. 571), § 53 III D (S. 613 ff.), Welzel § 11 I 3 (S. 61), § 13 I (S. 64 ff.)
2) 9, 370
3) BGH 4, 355; 5, 47
4) RG 23, 175 f.; 30, 296 f.; 60, 2 (mit weiteren Nachweisen)
5) S. 47, 15 ff.
6) JZ 53, 762; 54, 128, 429
7) BGH 9, 379
8) BGH 9, 380
9) § 37 I 2a (S. 570 f.); JZ 58, 230 ff.
10) in Schönke-Schröder vor § 47 Rdn. 87, § 48 Rdn. 17; ferner auch Roxin S. 560, Franzheim S. 33 ff., 47, 48 ff., Seebald S. 70 ff., 82

III) Versucht man die verschiedenen Meinungen zu werten, so ist es zuerst erforderlich, festzustellen, für welche Fälle das Problem der vorsätzlichen Teilnahme an unvorsätzlicher Tat überhaupt relevant ist.

1) Scheidet man die Fälle der mittelbaren Täterschaft aus, so bleiben für die Betrachtung übrig: die Fälle der Fehlvorstellungen des Teilnehmers über den Täter, der Sonderdelikte und der eigenhändigen Delikte. Bei den beiden letzteren ist mittelbare Täterschaft bekanntlich ausgeschlossen. Ob man die dadurch entstehende Straflücke offen lassen[1] oder über den Begriff der Urheberschaft schließen soll[2], kann dahingestellt bleiben; denn die Kategorie der erfolgsqualifizierten Delikte enthält weder Sonderdelikte noch eigenhändige.

2) Die Beurteilung des verbleibenden Falles (Fehlvorstellung des Hintermannes) hängt letztlich davon ab, welcher Teilnahmetheorie man sich anschließt.

a) Stellt man mit der subjektiven Teilnahmetheorie auf den Täterwillen ab, so liegt subjektiv die Situation der Teilnahme vor. Der Hintermann hat keinen Täterwillen. Er wirkt an der Tatbestandserfüllung ohne Tatherrschaft mit, folglich ist er Teilnehmer[3].

b) Dagegen meint die materiell-objektive Theorie, das Bewußtsein der Steuerung des Kausalablaufes habe beim Hintermann gefehlt. Er habe daher erfolglose Teilnahmeakte gesetzt. Solches sei allenfalls nach § 49 a I strafbar[4]. Dieser Ansicht kann nicht zugestimmt werden. Es liegt hier kein Fall versuchter Teilnahme, sondern vollendeter vor[5]. Auch Baumann[6] wendet sich gegen eine Anwendung der materiell-objektiven Theorie, wenn er deren unrichtige Ergebnisse darstellt:

---

1) so ausdrücklich BGH 9, 370 (381), zustimmend Dreher MDR 62, 592
2) so Schönke-Schröder vor § 47 Rdn. 115
3) so Baumann § 37 I 2a (S. 570 f.), Roxin S. 268, Schönke-Schröder vor § 47 Rdn. 95, Schwarz-Dreher Anm. 3 B vor § 47
4) Maurach AT § 50 III B 3a (S. 573); im Gegensatz dazu schreibt er in § 53 II B 3 (S. 598) zum Problem eines Irrtums des Bestimmenden bei § 49 a I: "Ob Anstiftungsversuch oder Deliktsversuch in mittelbarer Täterschaft vorliegt, entscheidet sich ausschließlich nach dem Vorstellungsbild des Bestimmenden".
5) Schönke-Schröder vor § 47 Rdn. 85
6) Baumann JZ 58, 234

fehlt es beim Anstifter A schon an der Veranlassung, etwa weil er auf einen geisteskranken omnimodo facturus trifft, "so ist A.. nach objektiver Abgrenzung .. als Täter einer Versuchstat oder Vollendungstat, je nach Kausalität strafbar. Die Tatherrschaft hat sich ja durch seinen Rat, jedenfalls dann, wenn gleichzeitig ein Vorschlag zur Tatbegehung gemacht worden ist, objektiv auf A verlagert. Hier haben wir das Ergebnis, daß A, der nur eine fremde Straftat veranlassen wollte und noch nicht einmal Urheber des Verbrechensentschlusses war, als Alleintäter haftet."

Auch das Argument, "sich einem fremden Täterwillen unterzuordnen sei nicht möglich, wenn ein solcher nicht vorhanden sei"[1] und die Behauptung Täterschaft und Teilnahme ließen sich nicht mehr unterscheiden[2], greifen nicht durch. "Ein animus socii kann auch ohne Existenz eines animus auctoris bestehen, sofern nur der Teilnehmerwille ihn voraussetzt und sich ihm unterordnet"[3]. Im übrigen beziehen sich die Argumente, die von Welzel[4] und Bockelmann[5] gegen die Teilnahme an unvorsätzlicher Tat ins Feld gebracht werden, nicht auf den Fall der Fehlvorstellung des Veranlassers[6], sondern betreffen in der Hauptsache die Sonderdelikte. Aber auch auf dieser Ebene scheinen die Behauptungen von "ganz lebensfremden, im schlechten Sinne 'juristischen Konstruktionen' ", mit denen Welzel[7] die Gegenmeinung disqualifizieren will, nicht ganz einleuchtend. Ist etwa die Konstruktion einer Freiheitsberaubung in mittelbarer Täterschaft durch Täuschung des Strafrichters an sich lebensfremder als die Annahme der Anstiftung des Richters zu einer objektiven Rechtsbeugung?[8] Ob die §§ 160, 271 die These von der Unzulässigkeit der Teilnahme an unvorsätzlicher Tat unbedingt zu stützen vermögen, wäre ebenfalls einer eingehenden Untersuchung wert[9]. An dieser Stelle muß es bei einer skizzenhaften Darstellung bleiben.

---

1) BGH 9, 380
2) so Bockelmann S. 18
3) Schönke-Schröder vor § 47 Rdn. 85
4) § 16 I 2a (S. 113 f.)
5) S. 15 ff.
6) diesen löst Welzel, ähnlich wie Maurach, über § 49a I (§ 16 VII S. 123 f.)
7) § 16 I 2a (S. 113)
8) so Engisch in Schmidt-Festschrift S. 119
9) vgl. dazu Engisch aaO; Franzheim S. 48 FN 2

3) Wir stellen demnach als Ergebnis fest, daß zumindest im Falle der Fehlvorstellung des Teilnehmers (irrige Annahme von Vorsatz beim Täter) Teilnahme an der Haupttat nach geltendem Recht möglich ist.
Dem entspricht auch § 32 E 62, wonach hier der Veranlasser "wie ein Anstifter" zu bestrafen ist. Ob allerdings daraus gefolgert werden kann, die ausdrückliche Aufnahme des § 32 E 62 in den Entwurf zeige, daß nach geltendem Recht der Irrtumsfall nicht unter die Teilnahme zu rechnen sei[1], erscheint zweifelhaft. § 32 E 62 ist eine Ausnahme zu den §§ 30, 31 E 62 (welche die Teilnahme - im Gegensatz zu den §§ 48, 49 StGB - ausdrücklich an eine vorsätzliche Haupttat knüpfen). Daher könnte man auch umgekehrt argumentieren, wenn der Reformgesetzgeber die Teilnahme an unvorsätzlicher Tat grundsätzlich nicht zuläßt, die Irrtumsfälle aber davon ausnimmt, so will er damit expressis verbis klarstellen, daß diese schon mit dem geltenden Recht vereinbar sind.

IV) Abschließend sei noch kurz auf die von Gosch[2] aufgeworfene Frage eingegangen, ob die Bestrafung des Teilnehmers wegen vorsätzlicher (vgl. o. S. 90), die des Täters dagegen wegen fahrlässiger Erfolgsherbeiführung eine Akzessorietätslockerung hinsichtlich des Tatbestands oder des Unrechts bedeutet. Eine solche wäre, wie Gosch richtig bemerkt, unzulässig, da sie nicht durch § 50 I gedeckt wird.
Die Antwort hierauf hängt davon ab, ob und inwieweit der Fahrlässigkeitsbegriff nicht nur Schuld-, sondern auch Un-rechtselemente enthält.

1) Kern des Fahrlässigkeitsvorwurfes ist die Feststellung, der Täter habe gegen die ihm obliegende Sorgfaltspflicht verstoßen. Sehr streitig ist aber, wie und wo innerhalb des Aufbaus der Straftat dieser Pflichtverstoß zu prüfen ist.
a) Die überkommene h. L.[3] stellt die Pflichtverletzung erst bei der Schuld, abgestellt auf die individuelle Persönlichkeit des Täters, fest.

---

1) wie Gosch Diss. S. 69 meint
2) Diss. S. 68, 50
3) unter anderem Schönke-Schröder § 59 Rdn. 169 ff., 173 f., 178 f.; weitere Nachweise bei Baumann § 28 II 3b (S. 441 f.)

b) Eine Mindermeinung[1] nimmt die Prüfung zwar ebenfalls im Bereich der Schuld, jedoch zweistufig vor. Danach hat der Täter pflichtwidrig gehandelt, wenn er 1. die im Verkehr erforderliche Sorgfalt und 2. die ihm individuell mögliche Sorgfalt verletzt hat.

c) Nach Welzel[2] besteht die Fahrlässigkeit in der Verletzung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt (entsprechend § 276 BGB). Er rechnet sie zum Tatbestand.

d) Eine vierte Gruppe[3] prüft bei der Rechtswidrigkeit, ob der Tater die im Verkehr erforderliche Sorgfalt verletzt hat und bei der Schuld die Außerachtlassung der individuellen Sorgfalt. Auch Baumann[4] zählt die objektive Pflichtwidrigkeit zur Rechtswidrigkeit und nicht zur Schuld. Ob sich der Täter objektiv pflichtwidrig verhalten hat, gehöre weder in den Bereich der Tatbestandsmäßigkeit, noch in den der Schuld, sondern müsse innerhalb der Rechtswidrigkeit an der "Gesamtrechtsordnung" gemessen werden.

e) Maurach[5] schließlich meint, der doppelte Prüfungsgang sei weder allein ein Anliegen der Schuldfrage noch differenzierend im Unrecht und im Schuldsektor durchzuführen, sondern innerhalb der beiden Stufen der Zurechenbarkeit (Tatverantwortung und Schuld[6]).

2) Soweit man also demnach die Pflichtverletzung innerhalb der Schuld feststellt, ist eine Akzessorietätslockerung nach § 50 I unbedenklich zulässig.

Folgt man der Ansicht 1d), so kann eine Antwort darauf, ob der Fahrlässigkeitsbegriff als ganzer akzessorisch ist, nur darin gefunden werden, daß man - wie es Franzheim[7] vorschlägt - schwerpunktmäßig untersucht, ob dem Schuld- oder dem Unrechtselement innerhalb des Fahrlässigkeitsbegriffes das größere Gewicht zukommt. Da, wie schon oben (S. 32) festgestellt, nach richtiger Ansicht nicht jeder, der die objektive Sorgfaltsanwendung verletzt, fahrlässiger Täter ist, wohl aber derjenige, der die sub-

---

1) vgl. die Zusammenstellung bei Baumann aaO
2) § 18 I (S. 131 ff.)
3) Nachweise bei Baumann aaO
4) § 19 II 2b (S. 250), § 28 II 3b (S. 440 f.)
5) AT § 44 II A (S. 473)
6) AT § 31 II B (S. 315)
7) S. 46

jektive nicht befolgt, so liegt das Schwergewicht auf der subjektiven Pflichtverletzung[1], also ebenfalls im Bereich der Schuld. Die Anwendung des § 50 I ist daher möglich.

Lediglich nach der von Welzel vertretenen Ansicht läge in diesen Fällen eine unzulässige Azessorietätslockerung vor. Doch ist Welzel in seiner Auffassung nicht ganz widerspruchsfrei. Immerhin schreibt er nämlich in einem späteren Abschnitt seines Buches[2], "§ 50 ist ... auch bei der Teilnahme am erfolgsqualifizierten Delikt zu beachten", und zwar in Anschluß an BGH 19, 339, der dazu ausführt:

> "Daß der Haupttäter nicht fahrlässig, sondern vorsätzlich getötet hat, schließt die Haftung des Angeklagten (Anstifter) nach § 251 nicht aus, die selbständige Beurteilung seiner Verantwortlichkeit folgt vielmehr aus § 50 StGB."

Die Bedenken Goschs erscheinen daher nicht durchgreifend.

---

1) "die subjektive Pflichtwidrigkeit indiziert die objektive" so Franzheim S. 46

2) § 16 V 5 (S. 122)

ZUSAMMENFASSUNG

In der gegensätzlichen rechtlichen Natur von Fahrlässigkeit und Vorsatz liegt das ganze Dilemma der Teilnahme am erfolgsqualifizierten Delikt begründet. Da eine Lösung über den Adäquanzgedanken abgelehnt werden mußte, blieb nichts anderes übrig, als Grunddelikt und schwere Folge fast völlig getrennt je für sich allein zu behandeln. Die beim Fahrlässigkeitsdelikt an sich vorliegenden Konstruktionen sind nach geltendem Recht oft undurchführbar. Als Ersatzlösung für die fahrlässige Beteiligung an fahrlässiger Tat bietet das geltende Recht (und auch der E 62) nur die fahrlässige Täterschaft an. Dabei werden sogleich die Grenzen einer solchen Lösung sichtbar: es fällt manchmal nicht ganz leicht, diese fahrlässige Täterschaft mit der gerade vorliegenden vorsätzlichen Beteiligungsform des Grunddelikts wieder innerhalb des erfolgsqualifizierten Delikts zu vereinen. Das rührt unter anderem auch vom Fehlen eines einheitlichen Täterbegriffes für vorsätzliche und fahrlässige Delikte her. Doch lassen sich durchaus gangbare Wege finden. Gewisse Ungereimtheiten wird man in Kauf nehmen müssen und können, die sich jedoch insgesamt gesehen nicht nachteilig bemerkbar machen. Auch werden die hier vertretenen Lösungsmöglichkeiten schon weithin akzeptiert.

Im einzelnen sind folgende Ergebnisse festzuhalten:

a) Handelt der Teilnehmer vorsätzlich hinsichtlich des Grunddelikts und fahrlässig hinsichtlich der Folge, so ist im einzelnen vorsätzliche Teilnahme und fahrlässige Nebentäterschaft gegeben, auch wenn beim Täter Vorsatz bezüglich der Folge vorliegt. Insgesamt erfolgt die Bestrafung aus dem erfolgsqualifizierten Delikt als ganzem und zwar wegen Teilnahme.

b) Trifft den Teilnehmer Vorsatz bezüglich der Folge, den Täter aber ein geringeres oder kein Verschulden, so ist der Teilnehmer mittelbarer Täter des erfolgsqualifizierten Delikts und des selbständig strafbaren vorsätzlichen Erfolgsdelikts. Dabei ist allerdings möglich, daß ein Delikt hier

in Gesetzeskonkurrenz zurücktritt (näheres siehe hierzu im folgenden Anhang).

c) Nimmt der Teilnehmer dabei (Fall b) irrtümlich Vorsatz beim Täter an, so liegt hinsichtlich der Folge Anstiftung zur unvorsätzlichen Tat vor. Diese ist nach geltendem Recht möglich. Insgesamt ist also Teilnahme am erfolgsqualifizierten Delikt gegeben.

d) Der Täterbegriff des fahrlässigen Delikts ist weiter als der restriktive, da er auch Situationen der "Beihilfe" und "Anstiftung" erfaßt, nicht dagegen der fahrlässigen Mittäterschaft im Sinne einer gemeinsamen Pflichtverletzung. Er ist enger als der extensive Täterbegriff, da er sich nicht in der Kausalität erschöpft. Seine genaue inhaltliche Ausfüllung ergibt sich aus dem Merkmal der Pflicht zum sorgfältigen Verhalten.

e) Die Ausgestaltung der erfolgsqualifizierten Delikte als besonders schwere Fälle (vor allem im E 62) bringt keine Änderung ihrer bisherigen charakteristischen Merkmale mit sich.

Im folgenden Anhang sollen jetzt noch die im Verlauf der Arbeit immer wieder aufgetretenen Probleme des Konkurrenzverhältnisses zwischen erfolgsqualifiziertem Delikt und selbständig strafbarem Erfolgsdelikt behandelt werden.

ANHANG

KONKURRENZFRAGEN

I. Problemstellung

1. Dieser Problemkreis kann im Rahmen der vorliegenden Arbeit nicht mit der ihm eigentlich gebührenden Ausführlichkeit behandelt werden. Die Erörterung der verschiedenen Meinungen bleibt auf Stellungnahmen aus der neueren Zeit[1] beschränkt. Ganz verzichtet kann auf das Thema allerdings nicht werden, da, wie wir gesehen haben, bei der Verurteilung des Teilnehmers aus dem erfolgsqualifizierten Delikt immer zu prüfen ist, ob und inwieweit daneben noch das selbständig strafbare Erfolgsdelikt zum Tragen kommt. Die Konkurrenz ist also für jeden Beteiligten gesondert zu untersuchen ("höchstpersönliche Natur"[2]).

2. Zwei Problemschichten sind zu unterscheiden:
a) Fahrlässige Herbeiführung des schweren Erfolges; wie sieht die Konkurrenz zu den §§ 222 bzw. 230 aus?
b) Vorsätzliche Herbeiführung des schweren Erfolges; liegt Konkurrenz zu den selbständig strafbaren Erfolgsdelikten der §§ 211 f. und 224 f. vor?

3. Erstmals hat sich Schröder[3] mit diesem Komplex eingehend auseinandergesetzt. Er unterscheidet zwischen echten und unechten erfolgsqualifizierten Delikten:

---

1) insbesondere Schröder NJW 56, 1737 ff.; Hruschka GA 67, 42 ff.; Widmann MDR 66, 554 ff.; ferner Fuchs NJW 66, 868 f.; Seebald Diss. S. 7 ff. und Widmann Diss. S. 76 ff. (beide im wesentlichen Stellungnahmen zu Schröder); zum Meinungsstand in der älteren Literatur vgl. z.B. Fischer Diss. S. 36 ff.
2) Geerds S. 229
3) NJW 56, 1737/39

a) Die echten erfolgsqualifizierten Delikte (§§ 224, 226, 221 III, 229 II)[1] beinhalten eine erhöhte Haftung für Handlungen, die den Erfolg nur fahrlässig herbeiführen. Bei ihnen sei eine Konkurrenz mit den Tatbeständen, welche die vorsätzliche Erfolgsverursachung unter Strafe stellen, ausgeschlossen. Sie füllten eine Lücke aus, die andernfalls zwischen dem Grunddelikt und dem selbständig strafbaren vorsätzlichen Erfolgsdelikt entstünde. Daher werde z.B. § 222 durch § 226 ausgeschlossen (Spezialität).

b) Bei den unechten erfolgsqualifizierten Delikten (wozu offensichtlich alle übrigen zu rechnen sind) bilde nicht eigentlich die Erfolgsverursachung den Grund der Verurteilung. Hier werde vielmehr einem vorsätzlich begangenen Grundtatbestand wegen der qualifizierenden Begleitumstände der Stempel besonderer Schwere aufgedrückt. Das erfolgsqualifizierte Delikt enthalte somit nichts weiter als die Kennzeichnung der Tatsache, daß das Grunddelikt unter Begehung einer vorsätzlichen bzw. fahrlässigen Tötung (oder Körperverletzung) ausgeführt worden sei. Daher sage eine Verurteilung aus dem erfolgsqualifizierten Delikt nichts darüber aus, welche subjektiven Beziehungen der Täter zum Erfolg gehabt habe. Es bedürfe folglich der Annahme der Idealkonkurrenz zum jeweiligen selbständig strafbaren bzw. fahrlässigen Erfolgsdelikt, um zu klären, ob das erfolgsqualifizierte Delikt in concreto eine Kombination mit einer vorsätzlichen oder fahrlässigen Erfolgsherbeiführung darstelle.

Es soll vorerst offen bleiben, ob eine derartige Einteilung der erfolgsqualifizierten Delikte in echte und unechte möglich ist[2]. Vielmehr wird im Folgenden zunächst versucht, die Probleme anhand der allgemeinen Konkurrenzgrundsätze zu lösen und nur, falls dies scheitern sollte, wird zu prüfen sein, inwieweit sachliche Unterschiede innerhalb der Gruppe der erfolgsqualifizierten Delikte bestimmte Konkurrenzformen bedingen.

II. Fall I 2a: Fahrlässige Herbeiführung des Erfolges

1. Durch eine einzige Handlung hat der Täter bzw. der Teilnehmer zwei Tatbestände voll erfüllt: zunächst den des erfolgsqualifizierten Delikts und je nach Qualifikationsgrund den des § 222 bzw. § 230.
Beide Tatbestände stehen entweder im Verhältnis der Gesetzes- oder der Idealkonkurrenz zueinander. Gesetzeskonkurrenz ist dann anzunehmen, wenn (im Gegensatz zur Idealkonkurrenz) ein einziger Tatbestand allein

1) aaO S. 1739, vgl. ferner Schönke-Schröder § 212 Rdn. 12
2) ablehnend Widmann Diss. S. 77; zustimmend Fuchs NJW 66, 868 (rechts unten), Seebald Diss. S. 7 ff.

schon ausreicht, um den vollen Unrechtsgehalt der Tat auszuschöpfen[1]. Die schwere Folge des erfolgsqualifizierten Delikts ist aber identisch mit dem entsprechenden Fahrlässigkeitsdelikt, da sie genau wie dieses Fahrlässigkeit und Verletzungserfolg erfordert. Das erfolgsqualifizierte Delikt schließt somit alle Merkmale des § 222 bzw. § 230[2] logisch in sich ein. Darüber hinaus enthält es noch weitere spezialisierende Merkmale, indem es die vorsätzliche Begehung des Grunddelikts als Anknüpfungspunkt für den fahrlässigen Erfolg voraussetzt. Somit liegt innerhalb der Gesetzeskonkurrenz der Fall der Spezialität vor[3]. Idealkonkurrenz scheidet aus (daran ändert auch die Formulierung "wenigstens fahrlässig" in § 56 nichts; damit wird ja gerade darauf hingewiesen, daß das erfolgsqualifizierte Delikt umfassender ist als das entsprechende Fahrlässigkeitsdelikt und dieses von jenem daher voll erfaßt wird).

2) Unstreitig ist dieses Ergebnis der Gesetzeskonkurrenz bisher nur im Verhältnis von § 222 zu § 226. In den übrigen Fällen sind Ergebnis und Begründung uneinheitlich. So geht der 4. Strafsenat des BGH[4] ebenfalls von den allgemeinen Grundsätzen der Gesetzeskonkurrenz aus und verneint folglich Tateinheit zwischen § 251 und § 226. Fast diametral entgegengesetzt steht die einen Monat später ergangene Entscheidung des 1. Strafsenats[5]. Er nimmt Idealkonkurrenz zwischen § 178 und § 222 an, mit der Begründung BGH 19, 106 habe schon Tateinheit zwischen § 178 und § 211 angenommen,

---

1) Baumann § 38 II 3a (S. 625), Maurach AT § 55 I B 1 (S. 636); Geerds S. 164

2) Besteht die Qualifizierung in schwerer Körperverletzung, so ist der Tatbestand des § 224 lediglich nach der objektiven Seite hin erfüllt, nicht aber nach der subjektiven, da § 224 bezüglich der Körperverletzung Vorsatz erfordert und erst bezüglich der Folge Fahrlässigkeit genügen läßt. Für die Konkurrenzbetrachtung bleibt demnach nur fahrlässige Körperverletzung übrig (§ 230), während die objektiven Voraussetzungen des § 224 in den Bereich der weiteren spezialisierenden Merkmale des erfolgsqualifizierten Delikts fallen.

3) so auch Geerds S. 197; unrichtig Maurach AT § 55 I B 3 (S. 640/41), der Konsumtion annimmt, ebenso Widmann Diss. S. 82, 83, 85, der immer dort von Konsumtion spricht, wo eigentlich Spezialität gegeben ist. Zur Frage, wann Konsumtion vorliegt, vgl. S. 111 oben.

4) BGH NJW 65, 2116

5) BGH 20, 271

gleiches müsse folgerichtig (!) auch für die §§ 178/222 gelten; außerdem verlange es die erforderliche Klarstellung im Schuldspruch. Auf die Frage nach der Erschöpfung des Unrechtsgehalts wird in keiner Weise eingegangen.

Die Literatur ist, soweit sie bisher dazu Stellung nahm, ebenfalls uneinheitlich. Im Falle des 4. Strafsenats will Fuchs[1] Tateinheit zwischen §§ 251/226 bejahen, damit "durch die Aufnahme des § 226 in den Schuldspruch klargestellt ist, welches Maß an Schuld den Angeklagten bezüglich des Todeserfolges trifft"; während Widmann[2] und Hruschka[3] (ihm folgend Welzel[4]) der Entscheidung des 4. Strafsenats zustimmen und die Ansicht des 1. Strafsenats ablehnen, insbesondere auch dessen Gleichsetzung der Konkurrenzverhältnisse einer Tatbestandsalternative mit einer anderen.

3. Die Frage, was nun bei der Beurteilung der Konkurrenz Vorrang genießen soll, die Berücksichtigung im Schuldspruch oder die allgemeinen Konkurrenzlehren, muß zugunsten letzterer beantwortet werden. Erst wenn feststeht, wie sich die einzelnen Delikte nach Konkurrenzgrundsätzen zueinander verhalten, kann eine dementsprechende Aufnahme in den Urteilstenor erfolgen. Dieser ist der Abschluß, das schriftliche Ergebnis der vorangegangenen Überlegungen und sollte daher nicht an deren Anfang gestellt werden.

Ist ein Tatbestand infolge Gesetzeskonkurrenz ausgeschlossen, so ist sein Wiederaufleben durch die Annahme von Idealkonkurrenz nicht nur überflüssig, heißt nicht nur "etwas klarstellen, was keiner Klarstellung mehr bedarf"[5], sondern ist auch unzulässig[6]. Der ausgeschlossene Tatbestand ist in keiner Weise mehr anwendbar. Daraus folgt zwingend, daß er auch nicht in den

---

1) NJW 66, 868
2) MDR 66, 554
3) GA 67, 47, 50 f.
4) § 64 I 3 (S. 434)
5) Widmann MDR 66, 555
6) So sehr nachdrücklich Geerds S. 164 (dies gilt nach ihm, S. 159, offensichtlich nur für die erfolgsqualifizierten Delikte mit fahrlässig herbeigeführter Folge, während er bei vorsätzlich herbeigeführter Folge Gesetzeskonkurrenz ausscheiden will); ebenso Hruschka GA 67, 47/48.

Schuldspruch aufgenommen werden darf[1]. Dieser lautet dann etwa auf "Raub mit fahrlässig verursachter Todesfolge".

4. Die Praxis ist - und das sollte man vielleicht ergänzend dazu bemerken - in der Behandlung der Gesetzeskonkurrenz nicht sehr konsequent. Obwohl die völlige Erfassung des Unrechtsgehalts eines Tatbestandes durch einen anderen als Kriterium für die Annahme von Gesetzeskonkurrenz anerkannt wird[2], tritt der ausgeschlossene Tatbestand nicht gänzlich zurück, sondern lediglich der in ihm enthaltene Strafrahmen[3]. Und selbst dieser hat noch eine gewisse Wirkung (Nebenstrafen, Mindeststrafmaß und Strafart des verdrängten Gesetzes bleiben[4]). Damit sind aber die Unterschiede zur Idealkonkurrenz größtenteils verwischt ("nahezu auf Null reduziert"[5]). Das bedeutet natürlich eine große Vereinfachung der oft komplizierten Konkurrenzfragen: maßgebend ist lediglich der Tatbestand mit der schwereren Strafe.

Hält man jedoch eine Unterscheidung von Ideal- und Gesetzeskonkurrenz überhaupt für sinnvoll, dann muß man in unserem Falle folgerichtig Idealkonkurrenz zwischen dem erfolgsqualifizierten Delikt und dem selbständig strafbaren fahrlässigen Erfolgsdelikt ausschließen.
Kein Konkurrenzproblem entsteht bei § 311 III, da dieser Leichtfertigkeit verlangt und weder § 222 noch § 230 eine leichtfertige Erfolgsverursachung erfassen.

III. Fall I 2b: Vorsätzliche Herbeiführung des Erfolges

1. Auch bei Vorsatz bezüglich der schweren Folge ist der Tatbestand des erfolgsqualifizierten Delikts gegeben. Das folgt aus der Formulierung "wenigstens fahrlässig" des § 56, womit lediglich das Schuldminimum ge-

---

1) vgl. auch Geerds S. 230 mit weiteren Nachweisen, Hruschka aaO
2) vgl. etwa die obige BGH-Entscheidung NJW 65, 2116, ferner BGH 8, 54, RG 60, 122 mit weiteren Nachweisen
3) vgl. Maurach AT § 55 I B 4 (S. 641) mit Nachweisen
4) vgl. BGH 20, 238 mit Nachweisen; Schönke Schröder vor § 73 Rdn. 85
5) Schönke-Schröder vor § 73 Rdn. 57a; kritisch zu dieser Praxis auch Geerds S. 231 f.

kennzeichnet wird[1]. Im Gegensatz dazu begnügt sich ein Teil der Kommentarliteratur mit dem pauschalen Hinweis, daß bei vorsätzlicher Herbeiführung der schweren Folge in der Regel nur das reine Verletzungsdelikt (z.B. § 211) in Betracht komme[2]. Diese Ansicht ist falsch. Es würde dem Gerechtigkeitsgedanken erheblich widersprechen, den vorsätzlich Handelnden besser zu stellen als den fahrlässigen Täter; denn der Strafrahmen des erfolgsqualifizierten Delikts ist in vielen Fällen höher als etwa derjenige der §§ 212, 224 oder 225.
Somit bleibt wiederum die Frage: Gesetzes- oder Idealkonkurrenz?

2. a) Geerds behauptet hier zunächst, Gesetzeskonkurrenz sei ausgeschlossen[3]. Zwischen der vorsätzlichen Herbeiführung der schweren Folge und dem selbständig strafbaren Erfolgsdelikt bestehe das Verhältnis der Exklusivität. Es sei begrifflich unmöglich, daß Geschehen unter beide Gesetze zu subsumieren. Er schränkt dies dann (im Anschluß an Schröder[4]) später auf die echten erfolgsqualifizierten Delikte ein, da der Tod nicht zugleich vorsätzlich und fahrlässig bewirkt werden könne[5].
Daß der von Geerds angeführte § 226 im Verhältnis zu § 212 ausscheidet, ist nicht auf Exklusivität zurückzuführen (begrifflich läßt sich auch die vorsätzliche Herbeiführung des Todes unter § 226 subsumieren - "wenigstens fahrlässig"!), sondern ein Ergebnis der Gesetzeskonkurrenz. § 212 erschöpft den Unrechtsgehalt des § 226 vollständig. Der Körperverletzungsvorsatz ist im Tötungsvorsatz enthalten (sofern man zwischen beiden ein

---

1) vgl. S. 8 FN 2; BGH 9, 136; § 311 III bleibt daher außer Betracht (außerdem werden aus der Untersuchung ausgeklammert: die §§ 309, 314, da eine fahrlässige Begehung des Grunddelikts in Verbindung mit vorsätzlicher Qualifizierung ausgeschlossen erscheint; ferner die §§ 327 II, 328 II, weil hier es an einem selbständig strafbaren Erfolgsdelikt mangelt, soweit nicht § 223 in Frage kommt).
2) Kohlrausch-Lange § 56 Anm. V; Mezger LK § 56 Anm. 3c; Schwarz-Dreher § 56 Anm. 1 B; sehr oberflächlich Schneider Diss. S. 69 f.
3) S. 159
4) NJW 56, 1739: keine Möglichkeit der Konkurrenz infolge exklusiver Voraussetzungen.
5) S. 159 FN 48 - S. 160 FN 51

minus-maius Verhältnis annimmt wie Schönke-Schröder[1] und der BGH[2] und zwar notwendigerweise. Daher liegt Spezialität und nicht Subsidiarität[3] oder gar Konsumtion[4] vor. Geerds ist insofern widersprüchlich, als er in seinem Kapitel über die Spezialität dann genau zu der hier vertretenen Meinung gelangt[5].

b) Nicht unrecht hat er dagegen mit seiner Ansicht (Exklusivität) bei § 229, wenn man mit der wohl überwiegenden Meinung annimmt, daß bei Tötungsvorsatz § 229 entfalle mangels der dort vorausgesetzten besonderen Absicht der Gesundheitsbeschädigung und daher keine Konkurrenzprobleme entstünden[6]. Dem kann allerdings nicht zugestimmt werden. Die Absicht der Gesundheitsbeschädigung in § 229 ist nichts anderes als Körperverletzungsvorsatz, nämlich genau so, wie in § 223 der auf den Zustand der Gesundheitsbeschädigung gerichtete Wille[7]. Daher muß zwischen § 229 und §§ 211 f. dasselbe minus-maius Verhältnis bestehen, wie es vorhin bei § 226 ausgeführt wurde, mit der Folge der Gesetzeskonkurrenz (Spezialität) der §§ 211 f.[8].

c) Ähnliches gilt auch für § 225. Exklusivität ist infolge Vorliegens von Spezialität zu verneinen, sofern direkter Tötungsvorsatz gegeben. Handelt der Täter mit bedingtem Tötungsvorsatz bei der Beibringung einer schweren Körperverletzung, so tritt § 224 in Gesetzeskonkurrenz mit den §§ 211 f. Zwar besteht insofern ein Unterschied zu § 229, als hier als schwere Folge nicht der Tod, sondern lediglich die Umstände, die eine Körperverletzung zu

---

1) § 212 Rdn. 14
2) 16, 123 zurückgehend auf RG 28, 212
3) wie Schönke-Schröder § 212 Rdn. 14 und der BGH (16, 123; 20, 271) meinen
4) Widmann Diss. S. 84 f.
5) S. 197
6) vgl. Schönke-Schröder § 212 Rdn. 16; ferner Maurach BT § 11 II 3 (S. 104 f.) Welzel § 40 III 2 (S. 298)
7) zum Absichtsbegriff bei Schröder vgl. Schönke-Schröder § 59 Rdn. 48 ff.; kritisch dazu Welzel v. Weber-Festschrift S. 246.
8) Ähnlich Schönke-Schröder in der 12. Aufl. 1965 § 212 Anm. 15 mit dem Ergebnis der Subsidiarität. Auch Maurach BT § 11 II 3 (S. 105) meint - im Gegensatz zu seiner in FN 6 zitierten Ansicht -, daß für das Verhältnis des § 229 zu den §§ 211 f. das gleiche anzunehmen sei wie für die Relation des § 223 zu den §§ 211 f. (ebenso in BT § 2 II F S. 27).

einer schweren machen, qualifizierend wirken. Dieser Unterschied wird aber durch das minus-maius Verhältnis zwischen Körperverletzung und Tötung wieder aufgehoben (entsprechendes gilt für die §§ 118, 340 II).

d) Zusammenfassend läßt sich also feststellen, daß zwischen den erfolgsqualifizierten Delikten im Bereich der Körperverletzungstatbestände und den Tötungsdelikten Spezialität der letzteren anzunehmen ist. Das Konkurrenzproblem ist hierbei in erster Linie ein Vorsatzproblem. Sieht man die Körperverletzung als Durchgangsstadium der Tötung an, so folgt daraus zwangsläufig Gesetzeskonkurrenz zwischen Körperverletzungs- und Tötungsdelikten. Verneint man aber ein minus-maius Verhältnis und hält etwa eine aliud Relation für richtig, müssen die Ergebnisse natürlich anders ausfallen. Darauf kann im Rahmen dieser Arbeit jedoch nicht eingegangen werden.

3. Ein vergleichbares minus-maius Verhältnis ist auch zwischen Gefährdungs- und Verletzungsdelikt (bezüglich desselben Rechtsguts) anzunehmen. Die Gefährdung bringt lediglich die Wahrscheinlichkeit eines Schadenseintritts zum Ausdruck. Bei der Verletzung dagegen entsteht tatsächlich ein Schaden. Die vorsätzliche Verletzung eines Rechtsgutes schließt daher bei den konkreten Gefährdungsdelikten den Unrechtsgehalt der Gefährdung in sich. Letztere besitzt im Falle der Verletzung somit keine eigene strafrechtliche Bedeutung mehr[1].

a) Eine derartige rechtliche Beziehung besteht zwischen § 211 III und § 212. § 221 III ist ein konkretes Gefährdungsdelikt. Geschütztes Rechtsgut ist zumindest[2] das Leben. Es liegt Gesetzeskonkurrenz vor, da, wie eben festgestellt, § 212 den Unrechtsgehalt des § 221 III erschöpft. Streitig ist allerdings, ob Subsidiarität (so die h. M.) oder Konsumtion (so Geerds) vorliegt. Spezialität scheidet aus, da § 212 nicht begriffsnotwendig die Tötung durch Aussetzung beinhaltet. Desgleichen entfällt ausdrückliche Subsidiarität. Stillschweigende Subsidiarität ist ebenfalls nicht gegeben, da sie nur im Rahmen der Beteiligungsformen und Entwicklungsstufen innerhalb der Ver-

---

1) vgl. RG 68, 409 und im Anschluß daran die h. M.

2) str., ob es auch die Körperintegrität ist, vgl. Schönke-Schröder § 211 Rdn. 1 mit Nachweisen

brechenslehre zur Anwendung gelangt[1]. Bleibt nur noch Konsumtion. Sie liegt vor, "wenn zur Erfüllung eines Tatbestandes (zwar nicht notwendig, aber) typisch verschiedene andere und leichtere Tatbestände miterfüllt werden"[2]. Das trifft hier zu[3].

b) Im Verhältnis von § 221 III zu § 224 Idealkonkurrenz anzunehmen, ist jedoch nur von denjenigen konsequent, die in § 221 allein ein Delikt der Lebensgefährdung sehen[4]. Gesetzeskonkurrenz entfällt infolge der Verschiedenheit der geschützten Rechtsgüter. Die Verletzungstat richtet sich hier gegen ein weniger umfassendes Rechtsgut als die Gefährdungstat. Der somit verbleibende rechtlich nicht erschöpfte Rest der Gefährdungstat bleibt von strafrechtlicher Relevanz. Er wird nur über die Idealkonkurrenz erfaßt[5]. Wer dagegen § 221 auch als Delikt der Leibesgefährdung betrachtet[6], müßte infolge der Identität der Rechtsgüter Gesetzeskonkurrenz annehmen und nicht Idealkonkurrenz, wie es durchweg geschieht. Widmann[7] meint, die Annahme von Gesetzeskonkurrenz mit der genannten Begründung (Rücktritt des Gefährdungs- hinter das Verletzungsdelikt) sei unbillig, da der vorsätzlich Handelnde durch die mögliche Berücksichtigung mildernde Umstände gegenüber dem fahrlässigen Täter begünstigt würde. Widmann hält hier Idealkonkurrenz für angebracht. Zwar wird man die von ihm behauptete Ungleichbehandlung von fahrlässigem und vorsätzlichem Täter nicht leugnen können, doch ist dies eine Folge gesetzgeberischer Unebenheiten im Bereich der Strafzumessung, die auch mit dem Vorschlag der Idealkonkurrenz nicht ausgeräumt werden.

4. Behandeln wir nun die übrigen erfolgsqualifizierten Delikte, denen ein derartiges maius-minus Verhältnis zum selbständig strafbaren vorsätz-

---

1) so Geerds S. 193, 185 insbesondere FN 202
2) Baumann § 38 II 3 (S. 607)
3) ebenso Geerds S. 214, der § 221 III als Vortat zu § 211 bezeichnet.
4) wie etwa Schönke-Schröder 221 Rdn. 1, 14; Maurach BT § 4 I A (S. 47 f.), BGH 4, 116
5) vgl. BGH 4, 117
6) etwa Welzel § 40 I (S. 296); Schwarz-Dreher § 221 Anm. 1
7) Diss. S. 84 FN 1

lichen Erfolgsdelikt fehlt. Hier empfiehlt es sich, getrennt nach den einzelnen Erfolgsqualifikationen zu untersuchen.

a) Besteht die Qualifikation in schwerer Körperverletzung (bzw. leichter Körperverletzung in § 118), so enthält das erfolgsqualifizierte Delikt diese denknotwendig in sich, wobei § 224 bei dolus eventualis und § 225 bei dolus directus in Gesetzeskonkurrenz verdrängt wird[1].

b) im Verhältnis von vorsätzlicher Herbeiführung des Todes zu § 212 wird fast ausnahmslos Idealkonkurrenz angenommen. Dem kann nicht gefolgt werden. Sieht man in § 212 den Grundtatbestand der vorsätzlichen Tötung (h. M.[2]), so umfaßt die vorsätzliche Herbeiführung des Todes beim erfolgsqualifizierten Delikt ganz logisch auch den Tatbestand des § 212[3]. Damit liegt Spezialitat des erfolgsqualifizierten Delikts vor. Die Verurteilung erfolgt also z.B. wegen "Beschädigung von Wasserbauten mit vorsätzlicher Todesverursachung".[3]

aa) Allerdings gerät man mit dieser Auffassung bei § 239 III in Schwierigkeiten. Diese Vorschrift weist eine niederere Mindeststrafe (3 Jahre Zuchthaus) auf als § 212 (5 Jahre). Kann § 239 III den § 212 daher in Gesetzeskonkurrenz ausschließen? Ist die Höhe der angedrohten Strafe der Gradmesser für den Unrechtsgehalt des Delikts? Liegt Idealkonkurrenz vor?

bb) Die Beurteilung des Unrechtsgehalts ist auf das engste mit dem Strafrahmen verknüpft. Da es der Grundgedanke der Strafgesetze ist, "mit dem Strafrahmen die Möglichkeiten strafrechtlicher Reaktion zu begrenzen und Anhaltspunkte für die Strafzumessung zu geben, so entspricht der Straf-

---

1) Einheitlich ist die Literatur nur bei § 229 II: Hier wird generell Gesetzeskonkurrenz mit §§ 224 f. angenommen (vgl. etwa Schaefer LK § 229 Anm. VII; Schönke-Schröder § 229 Rdn. 14; Welzel § 40 III 5 (S. 299). Bei § 118 nimmt Schönke-Schröder Rdn. 1 Idealkonkurrenz mit §§ 223 ff. an; bei § 251 ebenfalls (Rdn. 7), desgleichen Jagusch LK Anm. 7, widersprüchlich Welzel § 50 II 2 (S. 361): Idealkonkurrenz zwischen § 251 und § 225, dagegen Gesetzeskonkurrenz mit § 224. Bei § 340 II vertreten Werner LK Anm. VIII, Maurach BT § 82 VI A (S. 776), Schönke-Schröder Rdn. 9 und Welzel § 78 C I 5 (S. 552) Gesetzeskonkurrenz zu § 224, Maurach und Schönke-Schröder aber Idealkonkurrenz zu § 225, während Welzel auch hier Gesetzeskonkurrenz für gegeben hält.

2) eingehende Nachweise bei Maurach BT § 2 II A 2 (S. 22)

3) so Hruschka GA 67, 49

rahmen dem Unrechtsgehalt, den die diesem Tatbestand unterfallenden Verhaltensweisen nur irgendwie denkbar haben können"[1]. Daher kann ein Tatbestand mit niedererem Strafmaß nie den Unrechtsgehalt eines solchen mit höherem erschöpfen.

cc) Da der Unrechtsgehalt des § 239 III von § 212 nicht voll erfaßt werden kann, greift zwangsläufig Idealkonkurrenz ein. Sie ist die "notwendige kombinierende Betrachtung des gleichen Vorgangs unter verschiedenen Wertungsaspekten"[2], die "Beurteilung derselben Tat nach verschiedenen strafrechtlichen Unwertsgesichtspunkten (Tatbeständen)"[3]. Daß zwischen § 239 III und § 212 Idealkonkurrenz besteht, ist allgemein anerkannt[4].
Widmann[5] nimmt hier Konsumtion durch § 212 an. Das liegt jedoch nicht vor, da nicht behauptet werden kann, Totschlag werde typischerweise durch Freiheitsberaubung begangen und daher eine Begleittat des § 212 sei. Vielmehr trägt die vorsätzliche Herbeiführung des Todes in § 239 III durch die Bezugnahme auf das Grunddelikt spezialisierende Merkmale an sich, so daß sich die Betrachtungsweise nicht umkehren läßt. Allenfalls stünde die Spezialität des § 239 III zur Debatte, welche aber aus den erwähnten Gründen entfällt.

c) Zwischen § 211 und den erfolgsqualifizierten Delikten besteht hingegen Idealkonkurrenz. Der Gesetzgeber hat dem Mord einen höheren Unrechtsgehalt zugewiesen, wie sich aus der Strafdrohung (absolute Strafe: lebenslänglich) ergibt. Da die erfolgsqualifizierten Delikte aber in Vergleich zu § 211 zum Teil noch spezialisierende Merkmale (z.B. Freiheitsberaubung) enthalten, die nicht in § 211 erwähnt sind, entfällt Gesetzeskonkurrenz mit Vorrang des § 211.

---

1) so Geerds S. 164; vgl. auch Schönke-Schröder vor § 73 Rdn. 3 und Mezger-Blei StuB I § 90 III (S. 296), die zurecht darauf hinweisen, daß der Sinn der Konkurrenz darin liege, die jeweils maßgebenden Rechtsfolgen nach bestimmten Kriterien schärfer zu bestimmen, als dies durch die bloße Addition der in Betracht kommenden Freiheitsstrafen geschehen würde.
2) Maurach AT § 55 I A (S. 635/6) ("mehrdimensionale" Betrachtung)
3) Welzel § 30 I 2 (S. 232)
4) LK Schaefer § 239 Anm. VIII, Schönke-Schröder § 239 Rdn. 17, Schwarz-Dreher § 239 Anm. 5
5) Diss. S. 85

aa) Fraglich ist aber, ob nicht Gesetzeskonkurrenz zu den §§ 178, 251 und denjenigen des 27. Abschnitts vorliegt, da hier zugleich Mordmerkmale (Habgier, Befriedigung des Geschlechtstriebs, gemeingefährliche Mittel) erfüllt sind.

bb) Für diejenigen, welche die Tatbestandsmerkmale des § 211 als nicht abschließend ansehen[1], entfällt Gesetzeskonkurrenz, da der Richter trotz Vorliegens des § 211 nicht gezwungen ist, den Täter auch als Mörder zu bestrafen. Vielmehr kann die Strafe auch aus § 212 bzw. § 213 erfolgen. Nimmt man jedoch die Verpflichtung des Richters an, bei Erfüllung des Mordtatbestandes auch stets aus § 211 zu verurteilen, wird Gesetzeskonkurrenz nicht von vornherein ausgeschlossen. Sie wird in der Literatur teilweise mit der Begründung abgelehnt, daß Fälle denkbar seien, in denen die vorsätzliche Todesherbeiführung bei den genannten erfolgsqualifizierten Delikten nicht zugleich den Tatbestand des § 211 erfülle (z.B. räuberische Tötung aus echter Not, Tyrannen"mord")[2]. Hier liegt aber das Problem auf der Konkurrenzebene zu § 212 und bleibt daher ohne Beweiskraft. Vielmehr muß - wie BGH 19, 106 richtig erkennt[3] - die Fragestellung dahin gehen, ob etwa der Mord zur Befriedigung des Geschlechtstriebes zugleich notwendigerweise die Merkmale der §§ 176, 177, 178 verwirklicht. Es sind Fälle denkbar, in denen dies nicht gegeben sein muß (z.B. wenn der Täter sich durch den Tötungsakt als solchen befriedigen will oder anschließend an die Tötung nekrophile Akte vornimmt; ähnlich: Tötung, um sich der Unterhaltspflicht zu entziehen oder mittels Herbeiführung eines Erdrutsches oder Auslösens von Lawinen[4] ist Mord, ohne daß damit zugleich § 251 oder ein erfolgsqualifiziertes Delikt des 27. Abschnitts erfüllt wäre). Andererseits darf man aber wohl ohne Übertreibung behaupten, daß bei Vorliegen der genannten Mordmerkmale im typischen Fall stets auch eines der genann-

---

1) insb. Schönke-Schröder § 211 Rdn. 6, auch Widmann Diss. S. 87; a. A. h. M., vgl. die eingehende Darstellung bei Maurach BT § 2 III A 3 (S. 28ff.)
2) Widmann MDR 66, 556, vgl. ferner sein lebensfremdes Beispiel in Diss. S. 88
3) in diesem Sinne auch Hruschka GA 67, 49
4) sofern man zu den gemeingefährlichen Mitteln im Sinne des § 211 nicht nur solche des 27. Abschnitts zählt; so Schönke-Schröder § 211 Rdn. 18, LK Schaefer § 211 Anm. II 2, Welzel § 38 II 1b (S. 282)

ten erfolgsqualifizierten Delikte erfüllt sein wird; im Regelfall also § 211 den Unrechtsgehalt des erfolgsqualifizierten Delikts erschöpft.

cc) Die frühere Rechtsprechung ließ dies für die Annahme von Gesetzeskonkurrenz genügen: sie liege dann vor, "wenn die eine Straftat die, wenn nicht notwendige, so doch regelmäßige Erscheinungsform der anderen ist"[1]. Eine Formel, die auch noch in einem neueren Urteil des BGH auftaucht[2], an die er sich in anderen Entscheidungen aber nicht hält, wenn er Idealkonkurrenz zwischen § 211 und § 278[3] bzw. § 251[4] annimmt. In der Literatur sprechen sich nur wenige Stimmen für ein Abstellen auf den typischen Fall aus[5].

dd) Es kann hier offen bleiben, inwieweit die Erschöpfung des Unrechtsgehalts als gemeinsames Kriterium der Spezialität, Subsidiarität und Konsumtion rein begrifflich und abstrakt eine vollständige Erschöpfung ohne Rücksicht auf den konrekten Fall erfordert[6]. Jedenfalls liegt aber eine der drei Gruppen, in welche die Gesetzeskonkurrenz sich aufteilen läßt, nicht vor. Spezialität nicht, weil es sich hierbei um ein logisches Verhältnis zwischen allgemeinem und speziellem Tatbestand handelt, das rein formell aus dem abstrakten Vergleich der Tatbestände gewonnen wird, ohne daß die konkrete Sachlage von Einfluß wäre[7]. Auch Konsumtion ist zu verneinen. Sie stellt zwar auf die typische Miterfüllung eines Tatbestandes bei Begehung eines anderen ab, jedoch nur, soweit es sich um typisch leichtere Begleittaten dreht oder um mitbestrafte Vor- bzw. Nachtaten. Das erfolgsqualifizierte Delikt kann aber nicht als leichtere Begleittat angesehen werden, wie etwa Hausfriedensbruch oder Sachbeschädigung beim Einbruchdiebstahl. Das

---

1) RG 60, 122; 57, 330 mit Nachweisen für die ältere Rechtsprechung
2) NJW 65, 2116
3) BGH 19, 106
4) BGH 9, 135
5) Welzel § 30 II (S. 233/4); Dohna ZStW 61, 131 ff. insbesonders S. 136 ff. mit zahlreichen Beispielen. Geerds S. 194 hält diese Ansicht zwar für richtig, lehnt sie aber schließlich doch ab, weil sie zu einer Überdehnung der Spezialität führe.
6) in der Literatur wird hierauf nicht eingegangen.
7) vgl. Geerds S. 194; Mezger Lb S. 471 f., insbesonders FN 8; Mezger-Blei StuB I § 96 II 1 (S. 314)

schon deshalb nicht, weil hier vielfach lebenslängliche wahlweise[1] neben zeitlicher Zuchthausstrafe angedroht wird. Subsidiarität entfällt gleichfalls. Deren Voraussetzungen[2] fehlen. Somit bleibt auch hier nur Idealkonkurrenz übrig. So im Ergebnis auch die h. M.[3] (die allerdings auch bei § 212 Idealkonkurrenz vertritt). Wie hier differenziert lediglich Hruschka[4] zwischen § 211 und § 212.

IV. Zusammenfassend läßt sich sagen:

1) Gesetzeskonkurrenz

   a) mit Vorrang des erfolgsqualifizierten Delikts besteht
      mit §§ 222, 230
           224, 225
           212

   b) mit Vorrang der §§ 211, 212 besteht
      mit den erfolgsqualifizierten Delikten der Körperverletzungs- und Lebensgefährdungstatbeständen.

2) Idealkonkurrenz besteht zwischen den erfolgsqualifizierten Delikten und § 211 (bei § 239 III auch mit § 212).

Die Konkurrenzfragen lassen sich also leider nur in Hinblick auf die fahrlässige Erfolgsverursachung einheitlich beantworten. Bei der vorsätzlichen Herbeiführung der Qualifikation ist nach Fallgruppen zu differenzieren, um den Schwierigkeiten einigermaßen gerecht zu werden. Im E 62 ist denn auch erfreulicherweise die vorsätzliche Tatbestandserfüllung eines erfolgsqualifizierten Delikts gestrichen worden.

---

1) insofern enthalten diese erfolgsqualifizierten Delikte eine gegenüber § 211 mildere Strafdrohung
2) vgl. oben S. 110/11
3) vgl. z.B. LK Schaefer § 211 Anm. V, § 212 Anm. VII, Kohlrausch-Lange § 211 Anm. II; Schönke-Schröder § 56 Rdn. 5; bei den übrigen Kommentaren vgl. die Anmerkungen zu den einzelnen erfolgsqualifizierten Delikten, insb. zu den §§ 178, 251, zumeist in Anlehnung an BGH 9, 135 ff.; 19, 101 ff.; 20, 269 ff.
4) GA 67, 42 ff., insb. S. 51 ff.

Lebenslauf

Am 21. Juli 1945 wurde ich als Sohn des heutigen Senatspräsidenten Dr. Josef Hänle und seiner Ehefra Julie, geborene Stölzle, in Laupheim (Württ.) geboren. Ich bin deutscher Staatsangehöriger.

Am 28. Februar 1964 bestand ich am humanistischen Humboldt-Gynmasium Ulm das Abitur.

Rechtswissenschaft studierte ich von Sommersemester 1964 bis Wintersemester 1965/66 an der Ludwig-Maximilians-Universität München und von Sommersemester 1966 bis Wintersemester 1967/68 an der Eberhard-Karls-Universität Tübingen. Dort legte ich am 3. Mai 1968 die Erste juristische Staatsprüfung ab. Im Sommersemester 1968 und Wintersemester 1968/69 studierte ich an der Eberhard-Karls-Universität Tübingen Volkswirtschaft.
Seit April 1969 bin ich Gerichtsreferendar.